

用证据说话

YONG ZHENGJU SHUOHUA

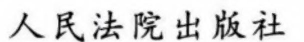
总主编·万鄂湘

民事证据的收集、保存、提交



MINSHIZHENGJU DE SHOUJI BAOCUN TIJIAO

主　编·鲍　雷　刘玉民



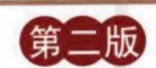


YONG ZHENGJU SHUOHUA

民事证据的收集、保存、提交

MINSHIZHENGJU DE SHOUJI BAOCUN TIJIAO

第二版



- 民事证据的收集、保存、提交
- 行政证据的收集、保存、提交
- 刑事证据的收集、审查、认定



ISBN 978-7-80217-697-3

9 787802 176973 >

定价：32.00元

责任编辑 胡玉莹

封面设计 部落藝族設計工作室

用证据说话／**总主编** 万鄂湘

民事证据的收集、保存、提交

（第二版）

主　编　鲍　雷　刘玉民
副主编　于海侠　黄兆峰　贾娅玲
撰稿人　（以姓氏笔划为序）
于海侠　马训祥　刘玉民
李长友　张军挺　张　琰
陈凤艳　杨金杰　贾娅玲
黄悦波　鲍　雷

人民法院出版社

图书在版编目（CIP）数据

民事证据的收集、保存、提交/鲍雷，刘玉民主编. －2版.—北京：人民法院出版社，2008.7

（用证据说话）

ISBN 978－7－80217－697－3

Ⅰ.民… Ⅱ.①鲍…②刘… Ⅲ.民事诉讼－证据－中国－问答 Ⅳ.D925.113－44

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第109447号

民事证据的收集、保存、提交（第二版）

主编 鲍 雷 刘玉民

责任编辑 胡玉莹

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷27号（100745）

电 话 (010)67550565（责任编辑） 67550516（出版部）
67550558 67550559（发行部）

网 址 http://courtpress.chinacourt.org

E－mail courtpress@sohu.com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 890×1240毫米 A5

字 数 431千字

印 张 14

版 次 2008年7月第2版 2008年7月第1次印刷

书 号 ISBN 978－7－80217－697－3

定 价 32.00元

安宏壮　北京市石景山区人民法院副院长
张　悦　北京市丰台区人民法院副院长
张美欣　北京市宣武区人民法院副院长
何马根　北京市昌平区人民法院副院长
赵晓恒　北京市东城区人民法院副院长
夏俭军　北京市朝阳区人民法院副院长
徐泽民　北京市顺义区人民法院副院长
蒋　苇　北京市丰台区职工大学校长
靳学筠　北京市海淀区人民法院副院长
鲍　雷　北京市高级人民法院法制宣传处处长
薛春江　北京市崇文区人民法院副院长



对案件事实的认定是司法裁判的主要任务之一。正确认定案件事实是正确适用法律，对案件作出公正裁判的前提和基础。因此，宪法和有关诉讼法律都确立了“以事实为根据，以法律为准绳”的司法原则。司法裁判过程中的认识活动，一方面是以证据为手段和载体的认识活动；另一方面，又是通过法律所规定的收集、保全和判断证据的证据运用程序，在证据方法及其与待证案件事实之间的关系上，形成经过证明了的司法认识主体内心确信的认识活动。基于此，证据被普遍认为是当今的“诉讼之王”，诉讼的任何一方只要在包括证据方法和证据运用在内的证据活动占有优势便能在诉讼中把握主动权，赢得诉讼。也就是说，在诉讼活动中，“没有证据是万万不能的。”对于当事人来说，打官司就是打证据；对于法官来说，办案就是查证据，审案也就是审证据。诉讼如此，仲裁、公证、行政执法亦然。

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规

定》和《关于行政诉讼证据若干问题的规定》的颁布实施，为规范证据的收集、运用、审查和认定提供了重要的法律依据。但我国目前还没有统一的证据法典，证据领域还存在许多需要填补的空白。而一部品质优良、富有实效、契合中国诉讼现状的证据法典，应当从司法实践活动中汲取自身的营养，通过对法律实践活动中积累的行之有效的证据经验的提炼，摸索证据规律，使之上升为证据法律规则。

通过研究大量的司法实践，发掘法官和诉讼当事人审查运用证据的实践智慧，揭示现有证据规则的缺陷与不足，对我们未来的证据法学理论研究和证据立法活动大有裨益。我国目前的证据规则，正是从这些司法实践中得到了进一步的阐释与丰富，与法律实践活动结合起来的产物。例如民事诉讼中"高度盖然性"的证明标准，本身是一个十分抽象的标准，将它运用于审判实践，就需要依靠法官的自由心证来判断当事人的举证是否能够证明待证事实的发生。在这里，法官对证据规则的理解和诠释，就成为审查认证活动的逻辑前提与基础。因此，不论是证据法学研究还是证据立法，都应当有一个明确的司法实践意识，从司法实践中汲取经验，寻找问题，使我们的研究和立法工作具有坚实的实践基础。

人民法院出版社组织编写的这套"用证据说话"丛书就是在司法实践的基础上对证据问题进行深入探讨的应用理论专著，具有较强的理论指导性和实践意义。一是丛书归纳了大量的证据运用方面的技巧和方法，如：如何确定证明对象，收集证据的技巧与方法，如何审查判断证据的"三性"，如何进行举证、质证和认证，如何判断证据的证明标准等；二是丛书以案例为"引"，围绕日常生活中适用证据规则经常遇到的重点、难点和热点问题，通过遴选一批具有代表性的典型案例，对司法实践中的证据理论和实务问题进行了广泛深入的探讨，具有较强的实用性；三是丛书结合案例对一些证据

运用的前沿理论作了详细的介绍，提出了许多有价值的建议，为实现证据收集、审查、运用的有序化提供了有益的参考，对于拓展司法工作人员的视野，促进现代司法理念的树立具有积极的借鉴意义。

我相信，本套丛书的出版，有助于促进我国证据法学理论研究的发展，有助于推动司法人员运用证据理念的提高。

万鄂湘

2003.2.二十二.




随着社会的进步，人们的法制观念得到了普遍的提高，“多学点儿法”成为人们的广泛共识。但提到学法，人们通常比较关心的是按照法律规定，自己应当享有哪些权利，承担哪些义务，一旦遇到纠纷，在法律上自己有没有理，法律是否会支持自己的主张。而法律是否会支持一个人的主张，与一个人实际上有理没理并没有太直接的关系，关键要看他向法庭提交的证据的情况。法官眼里的事实不是当事人认为客观存在的事实，而是由当事人提交的证据证明的事实。在决定一个当事人有理还是没理，是否支持其主张时，法官考虑的是他的证据是否证明了他的主张所依据的事实是真实的，是否达到了法律所要求的证明标准。空口无凭，就算是再有理，法官也无法支持他的主张。所以，有理不见得就能赢得官司，没理只要举证得法，有时却可以摆脱败诉的命运。正是在这个意义上，人们说“证据是诉讼之王”，“打官司就是打证据”。

对于当事人来说，用一句“成也证据，

败也证据”来形容，一点都不过分。因此，了解证据法方面的知识，清楚自己在诉讼证据方面享有哪些权利，承担哪些义务，掌握举证的方法与技巧，对人们赢得诉讼，有效地保护自己的合法权益，是至关重要的。

在民事诉讼中，举证责任是由当事人承担的，实行的是谁主张谁举证的原则，只有在特殊情况下才实行举证责任倒置。由于民事诉讼的举证特点，更加要求当事人熟悉法律规定的证据规则，在诉讼中掌握正确的举证思路，注意证据收集、提交、质证的方法与技巧，以保证自己能够完成法律赋予的举证责任，在诉讼中占据主动，获得有利的诉讼结果。这一前提是当事人在平时的法律活动中注意取得和保存有利的证据。只有这样，在面对纠纷时，当事人才有证可举，在诉讼中才能做到有“理”有“据”，从而为自己主张的事实提供有力的证明。

本书以“以案说法”的形式向读者介绍了民事诉讼中的证据规则以及当事人在诉讼中应当掌握的证明思路和证据技巧。全书从民事案件证据基本知识、合同债务案件证据、侵权损害案件证据、婚姻家庭案件证据、医疗事故案件证据、劳动争议案件证据及储蓄纠纷案件证据等七个方面，用生动、具体的典型案例和简明扼要的评析，为读者全面解说了民事证据规则方面的知识和当事人在搜集、提交、辩驳证据过程中的实用知识。相信通过这种通俗易懂的介绍，会使读者对专业、复杂的证据法有所了解，对决定诉讼命运的证据做到心中有数。一旦面对诉讼，不会因为举证不当而输掉本应当打赢的官司。更为重要的是，我们希望读者能够通过学习相关的知识，增强证据意识，树立在诉讼中“有证据走遍天下，没证据寸步难行”的信念，真正懂得用证据这个“诉讼之王”来为自己说话，保护自己的合法权益。

本书自2005年8月出版以来，已经连续印刷两次，仍不能满足广大读者的需求。现在，应人民法院出版社要求，我们对本书进行了全面的修订。一是结合最近两年来国家制定或修改的法律法规对书中所涉及案例进行了核查和修改；二是重点加强了对诉讼参加人

如何通过巧妙方法取得有利证据的指导，丰富了婚姻家庭案件证据指南、医疗事故案件证据指南和劳动争议案件证据指南三部分的案例；三是根据广大读者的要求，新增加了“旅游消费案件证据指南”的内容。

本书在撰写过程中广泛参考了现有的研究成果与资料，在此向相关作者与出版单位一并表示衷心的感谢。同时，因编者水平所限，书中差错在所难免，敬请广大读者批评指正。

作　者

2008年7月

目　录

一、民事诉讼证据基本知识

1. 什么是证据的“三性”?

【案情】

女孩子天生爱美，祝某也不例外。正值芳龄的她特别喜欢打扮自己，每逢周末都会兴致勃勃地去逛街，一圈下来，两手便提满了衣服、化妆品等女孩子喜欢的东西。2004 年 11 月的一个周六，祝某和往常一样去购物。在一家专卖店里，祝某发现了一件款式、颜色、料子都非常适合自己的衣服。穿上这件衣服，祝某在试衣镜前左照右照，舍不得脱下来，可一问价格，她傻了眼，要 2000 多元啊！而且店里只有一件了。祝某带的钱不够，又舍不得这件衣服，便和老板商量：自己先把手机抵押在这里，回去取钱，衣服请老板给自己留着。老板表示同意。

当祝某从家里取了钱，匆匆地赶回专卖店的时候，意想不到的事情发生了。老板告诉她，放在柜台上的手机，被小偷偷走了，自己发现后追赶小偷，但没有追上。店里的顾客可以作证。祝某丢了自己心爱的手机，坚持要老板赔偿。老板则认为是祝某主动提出用手机作抵押，现在手机被小偷偷去，责任不全在自己，只同意赔偿 50%。双方为此发生争执。祝某一怒之下，向人民法院提起诉讼，要求赔偿自己因丢失手机造成的经济损失 1800 元，并提供了购买手机的发票作为证据。专卖店答辩称：祝某的手机是被小偷盗窃，因此应等公安机关破案后为祝某追回手机或由犯罪分子作出赔偿。如果不能破案，自己也只同意赔偿 50%。专卖店向法庭提供了证人证

言和派出所出具的证明。

【要点】

本案所反映的是当事人在诉讼过程中提供的证据应当具有哪些属性，才能作为适格的证据，被法庭采信具有证明力的问题。

【评析】

根据诉讼活动中证明案件事实的客观规律，证据应当具有“三性”，才能作为有效的证据，起到证明案件事实的作用。所谓证据的“三性”，即（1）证据的客观性，是指证据作为已发生的案件事实的客观遗留，是不以人们的主观意志为转移的客观存在。（2）证据的关联性，是指证据必须与需要证明的案件事实或其他争议事实具有一定的联系。换言之，一个证据必须有助于证明案件事实或其他争议事实，因此关联性又可以称为证据的“证明性”。（3）证据的合法性，是指提供证据的主体（主要针对人证而言）、证据的形式（主要针对鉴定与现场勘验笔录而言）和证据的收集程序或提取方法必须符合法律的有关规定。处理本案的关键是祝某的手机是不是在专卖店丢失。如果有证据证明祝某的手机是在专卖店丢失，则专卖店作为保管人，就要承担赔偿责任。如果不是，则专卖店就无需承担赔偿责任。

在本案中，当事人双方均为自己主张的事实提供了证据。祝某提供的证据是购买手机的发票，证明自己因手机丢失所遭受的经济损失，并据此提出要求专卖店赔偿经济损失的诉讼请求，该证据具有证据的“三性”，可以作为证据使用，法庭将予以采信。而专卖店，一方面承认祝某的手机是在店中丢失的，但又认为由于手机是被小偷偷走，因此不同意承担全部的赔偿责任。其提供的证据是证人证言和派出所出具的证明。该证据也具有客观性、合法性，但与本案需要证明的关键事实，即手机是否在专卖店中丢失，缺乏关联性，仅能证明其主张的手机被小偷偷走的事实。只要手机在专卖店丢失的事实得到证明，作为保管人，专卖店就要承担赔偿责任，这

才是本案的关键所在。至于手机是因为什么原因丢失，与本案的诉讼结果没有必然联系。因此，专卖店提供的上述证据，由于与需要证明的案件事实缺乏关联性，不是适格的证据，法庭将不予采信，也起不到支持其诉讼请求的作用。

2. 什么是本证、反证与反驳证据？

【案情】

2004 年 12 月，某电信公司向人民法院起诉，称：用户李某申请办理了移动电话使用手续，从 2004 年 4 月至今拖欠移动电话使用费 2243.6 元，请求支付。电信公司向人民法院提交了移动电话用户申请卡、李某的身份证复印件以及话费清单等证据。李某否认其曾办理过上述电话使用手续，提出移动电话用户卡上的签名并非其所签。

【要点】

本案所反映的是本证、反证（相反证据）、反驳证据在证据法上的三个基本概念问题。

【评析】

在这里，我们结合最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》）和本案，对这三个概念作具体的说明。《证据规定》第 72 条规定："一方当事人提出的证据，另一方当事人认可或者提出的相反证据不足以反驳的，人民法院可以确认其证明力。一方当事人提出的证据，另一方当事人有异议并提出反驳证据，对方当事人对反驳证据认可的，可以确认反驳证据的证明力。"这里所说的"一方当事人提出的证据"，即指本证。所谓本证，就是主张某种事实的一方当事人所提供的证明该事实存在的证据。与本证相对的概念为反证，即第 72 条第 1 款中所述的"相反证据"，指对一方当事人的主张起否定性的作用，或者用以否定对方主张的事实存在的证据。与"相反证据"相关的概念是第 72 条第 2 款中所

述的“反驳证据”。反驳证据又称“证据抗辩”或“证据反驳”，是指证明一方当事人所提出的证据存在瑕疵，使该证据本身的真实性、合法性及其与待证事实之间的关联性发生动摇，从而否定其证明力，达到间接否定主张事实的目的的证据。本证与反证都是针对案件争议的法律事实的，只不过作用相反，而反驳证据仅涉及证据事实，只要能证明某证据的确具有难以克服的瑕疵，并且该瑕疵致命地影响了该证据的效力，法院就可以认定该瑕疵证据无相应的证明力，或者其证明力受到部分削弱。

结合本案，某电信公司主张与李某之间成立电信合同关系，李某拖欠话费，并以用户申请卡与话费清单为证据。李某对某电信公司的主张可能进行下列抗辩：（1）认可与某电信公司之间成立电信合同关系，也认可话费清单上的话费记载，但主张话费已交清，并提交缴费单据作为证据，则缴费单据为李某主张话费已交清的本证。因为缴费单据并不否定原告主张的成立电信合同关系及话费应当支付的事实，而旨在证明应付的话费已支付了，所以该证据不是反证，而是一方当事人为反驳对方当事人的主张而提出的一个新事实的根据。某电信公司提供的用户申请卡和话费清单也是本证，用以证明其所主张的事实。（2）否认与某电信公司之间存在电信合同关系，提出合同无法律拘束力的证据，如实质上不是电信合同纠纷，仅为租赁手机，并提供双方的一份协议；或该电信合同无效的证据等。此时，李某提供的证据为反证（相反证据），因为这些证据均旨在证明不存在电信合同关系的事实。（3）对某电信公司提交的申请卡、话费清单本身提出异议。如主张申请卡上的签名非本人所签、话费清单系伪造等，并提交与之对照的本人真实签名、其他的真实话费清单等为证据。则李某提交的证据为反驳证据。

一般而言，当事人在诉讼中主要是通过以上三种途径来抗辩对方主张的。审查本证，对方当事人仅有异议而无相反证据证明或相反证据不足以抗衡，则本证证明力应予确认。反之，相反证据足以反驳的，则反证证明力应予确认。因此在通常情况下，这两种证据不能并存。当本证成立时，反证就应当被推翻；相反，如果反证成

立，本证就应当被推翻。而在当事人提出证据反驳的情况下，如果提供本证的当事人不能推翻该反驳，则本证因存在瑕疵而丧失证据能力，不能被接纳为证据。

有一点要提及的是，在本案中，李某提出移动电话申请卡上的签名不是其所签，在这种情况下，他应当提交本人的签名，以供鉴定。如果李某拒不提供其签名的，可以根据推定规则，即《证据规定》第75条“有证据证明的一方当事人持有证据无正当理由拒不提供，如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人，可以推定该主张成立”的规定，推定该签名是真实的。

3. 什么是间接证据?

【案情】

陈某是某工厂工人，每天骑自行车上下班。2004年8月某日傍晚，陈某下班后骑车回家，在行至某路段时，何某驾驶的货车从陈某背后同向驶来，在超越陈某的自行车时，将陈某刮倒。路边的行人发现后，当即呼喊何某停车。何某停车后回到事故现场，拨打电话报警称：有一骑车人被并行的自行车撞倒受伤。陈某被送往医院急救，但终因伤势过重而死亡。交警部门现场勘查显示：何某的车辆距事故发生地点200米停放。现场群众证实：何某的货车经过后发现陈某受伤倒地，当时没有其他车辆经过，由于事故发生较为突然，没有看清何某的车辆是否与陈某发生碰撞。对陈某的尸体检验显示：其死因是倒地时脑部与地面激烈碰撞造成颅脑损伤。根据陈某肩、背部的损伤特点和损伤程度分析，是大面积钝性物体刮擦所致。伤处应为一较大暴力着力点，存在较大外力作用导致其倒地。陈某的家属向人民法院提起诉讼，要求何某赔偿陈某的丧葬费、医疗费、受抚养人的生活费等费用共计10万元。何某答辩称：陈某受伤死亡与其无关，而是由于一辆并行的自行车将其刮倒导致的，拒绝承担赔偿责任。陈某的家属向人民法院提交了交警部门的现场勘查笔录和在场群众的证言以及陈某的尸体检验报告作为证据。

【要点】

本案所反映的是间接证据的作用问题。

【评析】

在本案中，没有直接的证据（例如对陈某遗物上的痕迹检验显示为何某车辆上脱落的油漆痕迹）证明陈某的死亡是何某的车辆撞击导致的。陈某家属提供的一系列证据：交警部门的现场勘查笔录和在场群众的证言以及陈某的尸体检验报告，均为间接证据，不能直接证明何某车辆肇事的事实；而何某在答辩中又否认自己的车辆撞击了陈某，认为是并行的另一辆自行车将陈某刮倒致其受伤死亡。在这种情况下，能否依据陈某家属提供的上述间接证据认定其主张的事实呢？

所谓间接证据，是指与待证的案件事实之间具有间接联系，但不能单独证明案件事实，因而需要与其他证据结合起来才能证明案件事实的证据。间接证据的证明力一般均小于直接证据，单一的间接证据只能用来补充直接证据的效力，从而对案件事实起辅助性的证明作用。因此，在诉讼过程中，当事人应当尽量收集和提供直接证据，法官也应当尽量收集和运用直接证据。但是在无法获得直接证据或者缺乏直接证据的情况下，对当事人所提交的间接证据进行推理和判断后，如果能够形成证据锁链，间接证据就可以获得较强的证明力，并据以认定案件事实。

在运用间接证据认定案件事实的过程中，应当注意以下几点：(1) 间接证据必须要具备客观性，每一个间接证据的内容都必须是真实可靠的；(2) 间接证据必须要具备关联性，必须与待证的案件事实之间存在一定的联系；(3) 间接证据必须要具备合法性，其来源和形式必须是合法的；(4) 间接证据必须具备一致性，相互之间不存在矛盾；(5) 间接证据必须具备一定的数量，并构成完整的证据链条；(6) 推理结果必须具备唯一性或高度盖然性。只有同时具备以上六个条件，法官才能获得较为充分的心证，进而认定案件事

实。

在本案中，交警部门的现场勘查笔录和在场群众的证人证言显示：事故发生时，现场没有其他车辆经过，何某驾驶的货车经过后，陈某即被发现倒地受伤。这些证据显然不能直接证明何某的货车与陈某是否发生过碰撞以及如何碰撞，但能够说明陈某倒地受伤与何某的货车之间极可能存在一定的因果关系。由于在场的群众当时根本无法预料事故的发生，因此，他们对于瞬间突然发生的意外事故的细节不能作出说明是情理之中的。陈某的尸体检验报告显示：其死因是倒地时脑部与地面激烈碰撞造成颅脑损伤。根据陈某肩、背部的损伤特点和损伤程度分析，是大面积钝性物体挫擦所致。伤处应为一较大暴力着力点，存在较大外力作用导致其倒地。由于事故发生现场当时没有其他车辆经过，不存在其他的较大的外力源，外力作用只能来自何某驾驶的货车。何某所述的陈某倒地系并行的自行车刮擦所致，与鉴定结论不符，不足采信。何某的虚假陈述可以从另一角度证实陈某的倒地受伤与何某的驾车行为有关。根据上述证据，可以排除陈某倒地受伤是其自身原因或者其他外在因素导致的可能，从而认定是由于何某的货车的碰撞导致陈某倒地受伤的事实。也就是说，本案中，陈某家属所提供的间接证据已经形成了完整的证据锁链，足以证明其主张的事实。

4. 什么是传来证据？

【案情】

郑某为某企业退休工人。2003 年 10 月，郑某的儿子郑某某为其投保了一份人寿保险。保险合同约定：（1）保险责任的起止时间为 2003 年 10 月至 2013 年 10 月，保险费为 5000 元/年，保险金额 40 万元；（2）投保人不履行如实告知义务的，保险公司不承担保险责任；（3）在保险合同订立的半年内，被保险人患重大疾病的，保险公司不承担保险责任……。2004 年 5 月，郑某因病重分别到甲、乙两家医院就医，6 月，郑某因白血病不治身亡。由于保险公司拒绝承

担保险责任，郑某某向人民法院提起诉讼。保险公司向人民法院提交了甲、乙两家医院的病历作为证据。甲医院的病历记载：郑某的家属称“郑某于5个月前在其他医院确诊为急性淋巴细胞白血病，一直口服药物治疗”；乙医院的病历记载大致相同。根据上述证据，保险公司主张被保险人郑某在保险合同订立的半年内患重大疾病，按照保险合同的约定，保险公司不承担保险责任。

【要点】

本案所反映的是传来证据在认定案件事实中的作用问题。

【评析】

在证据学上，人们以证据是否直接来源于案件事实为标准，将证据分为原始证据和传来证据。原始证据是指直接来源于案件事实或者原始出处的证据。所谓直接来源于案件事实，是指证据是在案件事实的直接作用或影响下形成的；所谓直接来源于原始出处，是指证据直接来源于证据生成的原始环境。正是由于原始证据直接来源于案件事实或者原始出处，因而又被称之为从第一来源获得的证据或者原生证据。传来证据是指不是直接来源于案件事实或者原始出处，而是从间接的非第一来源获得的证据材料。即经过复制、复印、传抄、转述等中间环节形成的证据，其自原始证据派生而来，又称之为非第一来源的证据或者派生证据。如对无法直接取得物证制作的模型，书证的复印件、影印件、照片、证人转述他人感知事实证言等。

与原始证据相比较，传来证据具有如下特点：（1）传来证据与案件事实没有直接联系。传来证据是经过转述、转抄或者复制获得的，与案件事实的联系之间有一个或者多个中间环节，因此其证明价值一般小于原始证据，证明的事实在中间环节的传递中容易出现差错，失真的可能性也大。（2）传来证据必须有确切的出处或者经过查证属实，否则不能作为定案的依据。道听途说、传闻、检举信等均不能视为传来证据。在无法获得原始证据的情况下，传来证据

必须与其他证据印证无疑，排除一切合理怀疑才能作为证据使用。(3) 传来证据虽然存在失真的可能，但作为一种证据资料，可以验证原始证据的真实可靠程度。原始证据是传来证据的“本”和“源”，当原始证据出现虚假的情况时，审判人员可以利用传来证据进行验证；在无法取得原始证据时，经查证属实的传来证据也可以替代无法获得的原始证据。由于传来证据在转述、转抄和复制过程中容易失实，且其证明价值低于原始证据，因此，在司法实践中应当尽可能收集和运用接近原始证据的传来证据，查明传来证据的来源和出处；同时，传来证据必须与其他证据相互印证，没有矛盾或者矛盾得到合理排除的，才能作为定案的依据。①

在本案中，甲、乙两家医院的病历关于郑某于5个月前在其他医院确诊为急性淋巴细胞白血病的记载，来源于郑某的家属向就治医院所作的陈述，而不是关于郑某确诊为急性淋巴细胞白血病的原始记录，因此，这两份病历属于传来证据。郑某的家属在郑某病危时向医院所作的陈述从常理上说一定是客观真实的，这两份证据是医院工作人员在郑某被送到医院救治时根据其家属的陈述所作的记录，当时本案的纠纷尚未发生，医院工作人员与本案也没有任何关系。同时，两家医院的病历的记载基本吻合，郑某的死因也确实是白血病，证据之间不存在矛盾。根据这两份证据，足以得出郑某在2003年底到2004年初就已经身患白血病的结论。

保险合同订立于2003年10月，按照保险合同关于“在保险合同订立的半年内，被保险人患重大疾病的，保险公司不承担保险责任”的约定，保险公司可以免除保险责任。

5. 什么是最佳证据？

【案情】

王某向李某借款10万元，到期未还。李某多次找王某讨要，均

---

① 齐树洁、王振志主编：《证据法案例精解》，厦门大学出版社2004年版，第226页。

被王某以没钱还债为由推脱。2003 年 12 月，王某将自己所有的房产一处赠与姜某，双方签订了赠与合同并办理了公证手续。李某获悉后向人民法院提起诉讼，称王某有到期债务未偿还，却将自己所有的房产无偿赠与他人，恶意逃避债务，侵犯了自己的合法权益，请求人民法院依法撤销其赠与行为，并判决王某清偿欠款。李某向人民法院提交了某公证机构出具的房屋赠与合同公证文书的复印件，证明王某和姜某在该处办理了房屋赠与合同的公证手续。王某未作出答辩。第三人姜某答辩称：自己与王某虽然签订了房产赠与合同，但该处房产实际上是自己以为王某偿还房产抵押借款并另支付 5 万元现金为代价取得的。名为赠与，实为购买。之所以办理签订赠与合同并办理房产赠与公证手续，目的是为了少交税费。姜某提交了于 2003 年 11 月 28 日汇款 8 万元给王某的汇款单、王某出具的收取姜某现金 5 万元的收据以及严某出具的王某以房产做抵押向其借款 8 万元并于 2004 年 2 月偿还的证明。自己对王某和李某之间存在到期债务的情况并不知情，该房屋买卖行为合法、有效，请求人民法院维护自己作为善意第三人的利益，驳回李某的诉讼请求。

【要点】

本案所反映的是如何确定最佳证据问题。

【评析】

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》）第 77 条规定："人民法院就数个证据对同一事实的证明力，可以依照下列原则认定：（一）国家机关、社会团体依职权制作的公文书证的证明力一般大于其他书证；（二）物证、档案、鉴定结论、勘验笔录或者经过公证、登记的书证，其证明力一般大于其他书证、视听资料和证人证言；（三）原始证据的证明力一般大于传来证据；（四）直接证据的证明力一般大于间接证据；（五）证人提供的对与其有亲属或者其他密切关系的当事人有利的证言，其证明力一般小于其他证人证言。"上述规定确立的就是民事诉讼证据中的

最佳证据规则。所谓最佳证据规则，是指在数个证据对同一事实都有证明力且在不同证据证明相反事实的情况下，对有关各个证据证明力大小所作的规定，即如何确定哪一个证据为最佳证据的规则。而对证据证明力的判断，应当从两个方面进行：（1）首先判断该证据是否具备了形式上的证明力，即判断该证明材料本身的真实性，这是决定证据是否具有证明力的前提。一份证明材料不具备形式上的证明力，则该份证明材料就不具备作为诉讼证据的资格；（2）判断证据的实质证明力，即该份证明材料所记载的内容的真实性，与待证事实之间的关联性，能否证明待证事实。一份证明材料具备了形式上的证明力并不一定具有实质上的证明力，若该证明材料所记载的内容不真实或者与待证事实没有关联性，该证据就不具备实质上的证明力，同样不能作为诉讼证据被采用。根据上述司法解释的规定，经过公证的书证的证明力大于其他书证、视听资料和证人证言。

《民事诉讼法》第67条也规定："经过法定程序公证证明的法律行为、法律事实和文书，人民法院应当作为认定事实的根据。但有相反证据足以推翻公证证明的除外。"最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第75条规定："下列事实，当事人无需举证：……（5）已为有效公证书所证明的事实。"《继承法》第20条第3款规定："自书、代书、录音、口头遗嘱，不得撤销、变更公证遗嘱。"最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第42条规定："遗嘱人以不同形式立有数份内容相抵触的遗嘱，其中有公证遗嘱的，以最后所立公证遗嘱为准；没有公证遗嘱的，以最后所立遗嘱为准。"相对于其他书证、视听资料和证人证言，经过公证的书证（通常表现为公证机关出具的公证书）之所以具有较大的证明力，是因为：（1）制作的主体不同。根据书证制作主体的不同，可以将书证分为公文书和私文书。所谓公文书，是指国家机关、社会团体、企业事业单位依据职权制作的文书，而私文书是指公民个人制作的文书。公证书属于一种特定的公文书。（2）权力来源不同。公证书是国家公证人员依

职权作出的，是公权力的行使，具有公务性特点，而私文书是公民依自身权利（私权利）作出的。(3) 制作的程序不同。公证书是公证机关按照一定的法定程序出具的，而私文书的制作没有法定程序的限制。(4) 意思表示不同。公文书是国家意志和私人意志表示一致的产物，而私文书是当事人个人意思表示的书面材料，具有任意性的特点。在本案中，王某与姜某签订的房屋赠与合同只是当事人赠与意思表示的结果，但该合同经过公证机关进行公证，公证机关代表国家，遵循真实性与合法性原则对合同进行审查修改，并出具公证书予以公证证明，这就有国家和个人意志的双重属性。经过公证的合同比没有经过公证的合同在真实性、合法性上的差异是显著的，证明力相对也就比较大。因此，公证书作为一种特殊证据，是最佳证据。法律之所以确立公证书的效力有效地位，是因为公证证明行为是国家专门的公证机关中具有特定资格的公证员的法律行为，公证书一经作出即具有法律上的证明力，非经法定程序不得任意改变或者推翻。根据《证据规定》第 77 条第 1 项的规定，公证书作为一种国家公证机关制作的公文书证，其证据效力大于其他书证；而公证书是以某个特定事项作为证明对象的，没有证明对象，公证书也就失去了其存在的意义和价值。而公证书的证明对象可以是其他公文书证，也可以是私文书证。在本案中，王某与姜某签订的房屋赠与合同就是经过公证机关公证的私文书证。从第 77 条第 2 项的规定看，公证书的效力也大于其他公文书证和私文书证。

李某向人民法院提交了某公证机构出具的房屋赠与合同公证文书的复印件，证明王某和姜某在该处办理了房屋赠与合同的公证手续。姜某则提交了于 2003 年 11 月 28 日汇款 8 万元给王某的汇款单、王某出具的收取姜某现金 5 万元的收据以及严某出具的王某以房产做抵押向其借款 8 万元并于 2004 年 2 月偿还的证明，以证明自己虽然与王某签订了房产赠与合同，但该处房产实际上是自己以为王某偿还房产抵押借款并另支付 5 万元现金为代价取得的。名为赠与，实为购买。姜某提交的证据具有一定的真实可靠性，而且证据之间可以相互印证，对其主张的事实是有证明力的。在现实生活中，有

很多人为了少交房产买卖过户税费，赠与公证过户，以此规避法律，达到省钱的目的。本案的关键就在于李某提交的赠与合同的公证文书和姜某提交的上述证据都有一定的证明力，而且证明的是相反的事实，在这种情况下，如何对当事人双方的证据进行审查判断，认定案件事实呢？这就要从证据的形式证明力和实质证明力两个角度进行审查判断。从形式上看，李某提交的赠与合同的公证文书，是公证机关依法制作的，具有真实性、合法性，在诉讼中，属于公文书，法官可以直接推定它为真实的，不需要当事人举证证明；而姜某出具的上述证据则属于私文书，显然不具备这种效力，在李某对其真实性提出质疑并提出反驳证据的情况下，姜某要举证证明其真实性。

从实质上看，李某提交的赠与合同的公证文书直接证明了王某与姜某之间的房屋赠与关系，属于直接证据，与待证事实之间存在较强的关联性；而姜某提交的上述证据虽然能够相互印证，对其主张的事实具有一定的证明力，但都属于间接证据，与待证事实之间没有直接的关联，因此，在实质证明力上也低于李某提交的证据。按照上述司法解释的规定，李某的证据属于最佳证据，证明力较大，应当予以认定。李某主张的王某将房产无偿赠与姜某的事实成立。《合同法》第74条第1款规定："因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产，对债权人造成损害的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。债务人以明显不合理的低价转让财产，对债权人造成损害，并且受让人知道该情形的，债权人也可以请求人民法院撤销债务人的行为。"王某无偿转让财产，侵犯了债权人李某的合法权益，李某有权请求人民法院撤销该赠与行为，并有权要求王某清偿到期债务。

6. 什么是新的证据？

【案情】

姜某于2003年6月委托律师王某代理诉讼。诉讼结束后，王某

将案件执行款50万元领走。2004年8月，姜某向人民法院提起诉讼，主张王某尚有6万元案件执行款未交还给自己，请求人民法院依法判决王某履行给付义务。姜某向法庭出具了王某署名的欠条，欠条显示：王某拖欠姜某案件执行款6万元，承诺在2003年底支付，落款时间为2003年10月某日。王某答辩称：姜某曾承诺案件胜诉给付10万元报酬，但至今未支付。该6万元案件执行款系用来抵销姜某拖欠的报酬，而姜某还应当支付给自己4万元。王某向法庭出具了姜某承诺给付10万元劳务报酬的书面协议一份。协议签署于2003年3月。在庭审质证过程中，王某对姜某提交的欠条没有异议。对王某提交的书面协议，姜某主张承诺给付的劳务报酬已经支付。案件一审结束后，姜某胜诉，人民法院判定王某按欠条履行给付义务。王某提起上诉。在二审中，姜某又向人民法院提交了一组证据：由某法院提供的王某领取案件款后出具的收据以及转帐支票存根等。

【要点】

本案所反映的是当事人在民事案件一审结束后可以提出哪些新的证据的问题。

【评析】

《民事诉讼法》第125条第1款规定："当事人在法庭上可以提出新的证据。"《证据规定》第41条第2项规定："《民事诉讼法》第一百二十五条第一款规定的'新的证据'，是指以下情形：……二审程序中的新的证据包括：一审庭审结束后新发现的证据；当事人在一审举证期限届满前申请人民法院调查取证未获准许，二审法院经审查认为应当准许并依当事人申请调取的证据。"第42条第2款规定："当事人在二审程序中提供新的证据的，应当在二审开庭前或者开庭审理时提出；二审不需要开庭审理的，应当在人民法院指定的期限内提出。"这里规定的是当事人在二审中可以提出的新的证据。所谓一审庭审结束后新发现的证据，是指在一审庭审结束前，

该证据尚未形成或产生，或者虽然该证据已经形成或产生，但负有举证责任的当事人不知道也不可能知道该证据已经形成或产生的情况。《民事诉讼法》第179条第1款第1项规定："当事人的申请符合下列情形之一的，人民法院应当再审：（一）有新的证据，足以推翻原判决、裁定的；"对此，《证据规定》第44条规定："《民事诉讼法》第一百七十九条第一款第（一）项规定的'新的证据'，是指原审庭审结束后新发现的证据。当事人在再审程序中提供新的证据的，应当在申请再审时提出。"

在本案中，姜某在二审中向人民法院提交的一组证据：由某法院提供的王某领取案件款后出具的收据以及转帐支票存根等，是否属于当事人在二审中可以提出的新的证据呢？对此应当作具体的分析。这些证据是姜某在一审起诉时就存在的，姜某也清楚地知道这些证据的存在，不属于一审结束后新发现的证据；而且姜某完全可以在一审的举证期限内提供，如果存在客观困难，姜某可以通过采取在举证期限内向人民法院申请延期举证或在不迟于举证期限届满前7日申请人民法院调查收集证据的方式来完成举证，但姜某在一审的举证期限内无所作为，应当视为放弃了举证权利，不属于二审中"新的证据"的第二种情形，即"当事人在一审举证期限届满前申请人民法院调查取证未获准许，二审法院经审查认为应当准许并依当事人申请调取的证据。"综合以上分析，姜某在二审中提交的一组证据材料不构成二审中"新的证据"。按照《证据规定》第43条第1款"当事人举证期限届满后提供的证据不是新的证据的，人民法院不予采纳"的规定，对这些证据人民法院将不予采纳。

本案还有一个需要注意的问题。在一审中，姜某向人民法院提交了王某出具的欠条，要求王某履行给付义务；而王某向人民法院提交了姜某承诺给付报酬的协议，主张王某未按照协议支付报酬，拖欠的案件执行款用来抵销应支付的报酬。姜某虽然主张协议约定的报酬已经支付，但未提供证据。在这种情况下，人民法院为什么判决姜某胜诉呢？这就要结合当事人双方提交的证据的真实性和证明力的大小进行分析。从时间上看，姜某承诺还款的书面协议在前，

王某出具的欠条在后。按照常理，王某应当是在姜某已经给付报酬的情况下才出具欠条，如果姜某尚未给付约定的10万元报酬，王某一般不会就自己拖欠的6万元案件执行款出具欠条。因此，王某提供的证据不足以反驳姜某的证据，在证据的证明力上，承诺给付报酬的书面协议小于欠条。《证据规定》第73条第1款规定："双方当事人对同一事实分别举出相反的证据，但都没有足够的依据否定对方证据的，人民法院应当结合案件情况，判断一方提供证据的证明力是否明显大于另一方提供证据的证明力，并对证明力较大的证据予以确认。"这就是通常所说的高度盖然性规则。综合判断当事人双方的主张和其提交的证据，姜某主张的事实具有较高的发生概率。一审法院就是据此判决姜某胜诉的。

7. 什么是证明对象？

【案情】

在党的富民政策的指引下，金某承包了村里的一块土地用于种植油菜。由于使用了先进的科学技术，金某种植的油菜连年获得丰收，收入颇丰。2003年，金某像往年一样种植了大片油菜。县榨油厂的职工钟某找到了金某，以榨油厂的名义提出收购金某种植的油菜。由于钟某给出的价格比平时的价格要高，金某非常高兴地答应了。油菜丰收后，钟某先后如约前来大量收购，并向金某出具了收条，承诺所有的交易完成后一起结算货款。但收购结束后，钟某再也没有出现，金某开始感到不安，到县榨油厂去问个究竟。榨油厂的负责人给出的回答对金某来说不啻晴天霹雳。原来，钟某已经有半年多没来厂上班了，厂里也从来没有委托钟某到外面收购油菜。金某要求县榨油厂对钟某的行为负责，结算其拖欠的油菜货款，遭到榨油厂的拒绝。2004年1月，金某向人民法院提起诉讼，主张县榨油厂应当对其职工钟某的行为负责，代钟某清偿债务。金某向法庭提交了钟某出具的收据作为证据。县榨油厂答辩称：钟某虽然是该厂职工，但已经离岗半年多时间，而且钟某本身也不是该厂的采

购人员，而只是一般职工，该厂从未委托钟某外出收购油菜。钟某向金某收购油菜并拖欠货款，纯属其个人行为，与该厂无关，不同意承担清偿义务。

【要点】

本案所反映的是民事诉讼中的证明对象问题。

【评析】

在民事诉讼过程中，原告提出诉讼请求所依据的事实和理由，被告对原告诉讼请求的答辩和反驳以及提起反诉所依据的事实和理由，第三人提出诉讼请求所依据的事实和理由，以及人民法院认为需要加以证明的其他事实，都需要运用证据加以证明。人民法院和诉讼参与人运用证据证明和查明案件事实的活动就是民事诉讼中的证明。需要运用证据加以证明的案件事实就是证明对象。在实践中，由于民事诉讼案件情况复杂，每个案件具有不同的情况和特点，所以，各个案件证明对象的范围也各不相同。人民法院在审理案件的时候，应当根据案件的不同情况，来确定证明对象的范围。一般来讲，民事诉讼中的证明对象包括以下几个方面：

1. 当事人主张的法律事实

法律事实，是指法律关系发生、变更和消灭的事实。一般说，需要证明的当事人主张的法律事实包括三层含义：（1）对当事人主张的法律事实是否存在加以证明。法律事实是一种客观存在的事实。就一个具体案件来说，当事人主张的法律事实，可能是客观存在的，也可能是不存在的，因此需要加以证明。（2）对于当事人主张的法律事实是何时和怎样发生、变更、消灭的加以证明。在肯定作为证明对象的当事人主张的法律事实存在的情况下，还必须对当事人主张的这种法律事实何时和怎样发生的，在发生之后有无变更、消灭的情况加以证明。（3）如果当事人之间争议的法律关系是基于民事行为设立的，要查明该民事行为是合法行为还是违法行为。

2. 当事人主张的程序上的事实

程序上的事实是指《民事诉讼法》规定的能够引起民事诉讼法律关系发生、变更、消灭的事实。比如当事人提出该案不属于人民法院主管或者受诉人民法院管辖，审理此案的审判人员与案件有利害关系，应该回避等。这些程序上的事实，虽然与发生纠纷的实体法律关系无关，但都能引起一定的诉讼法上的后果，从而影响案件的审理，影响当事人的实体权利和义务。因而，人民法院必须查明这些事实是否存在。这些程序上的事实也成为证明对象。

3. 纠纷事实是指当事人之间法律关系的民事权益争议的事实

这种事实是案件事实的重要组成部分，人民法院应该查明。比如，当事人之间纠纷发生的原因是什么？纠纷发生、发展、变化的情况如何等，都是很重要的案件事实。只有把这些事实一一查清，才能判明案件真相，分清当事人双方责任的大小。所以，纠纷事实也是证明对象。

4. 证据事实

证据事实是指可能作为定案根据的事实。证据作为定案的根据，本身必须真实可靠。在民事诉讼中，经常遇到一些证据事实需要借助另外的证据来加以证明的情况。比如，有的案件的当事人的陈述与承认的事实情况相互矛盾；有的案件当事人的陈述与证人证言、书证相互矛盾；有的案件证据之间所证明的情况相互矛盾，难以据此定案。对此，都需要运用其他证据来加以证实，排除矛盾，使案件事实的认定建立在可靠的基础上。《民事诉讼法》规定，证据必须查证属实，才能作为定案的根据。因此，证据事实也是证明对象。

5. 与案件有关的其他事实

所谓其他事实，范围很广，当事人提出的与案件有关的事实，或者审判人员认为对解决案件有意义的事实，都可成为证明对象。比如，案件涉及某一方面的经验、定理，审判人员不了解，既可由提出这一事实的当事人提供证据加以证明，也可由审判人员主动调查收集证据加以证明。

在实践中，有些事实虽然也是当事人提出的，但由于这些事实已经明确地为审判人员所了解和掌握，因而可以免除当事人的举证

责任，这些事实也不再是证明对象。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》）第8条规定："诉讼过程中，一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实明确表示承认的，另一方当事人无需举证。但涉及身份关系的案件除外。对一方当事人陈述的事实，另一方当事人既未表示承认也未否认，经审判人员充分说明并询问后，其仍不明确表示肯定或者否定的，视为对该项事实的承认。当事人委托代理人参加诉讼的，代理人的承认视为当事人的承认。但未经特别授权的代理人对事实的承认直接导致承认对方诉讼请求的除外；当事人在场但对其代理人的承认不作否认表示的，视为当事人的承认。当事人在法庭辩论终结前撤回承认并经对方当事人同意，或者有充分证据证明其承认行为是在受胁迫或者重大误解情况下作出且与事实不符的，不能免除对方当事人的举证责任。"第9条规定："下列事实，当事人无需举证证明：（1）众所周知的事实；（2）自然规律及定理；（3）根据法律规定或者已知事实和日常生活经验法则，能推定出的另一事实；（4）已为人民法院发生法律效力的裁判所确认的事实；（5）已为仲裁机构的生效裁决所确认的事实；（6）已为有效公证文书所证明的事实。前款（1）、（3）、（4）、（5）、（6）项，当事人有相反证据足以推翻的除外。"

在本案中，金某主张钟某代榨油厂向其收购油菜，榨油厂应当对钟某的收购行为负责，清偿拖欠的货款。按照民事诉讼中"谁主张，谁举证"的原则，金某应当举证证明上述事实的存在，即钟某向其收购了油菜；钟某的收购行为是代理县榨油厂实施的。这些事实就是本案的证明对象。对于钟某向其收购油菜的行为，金某提交了钟某的收据作为证据，榨油厂对此未予否认。该事实得到了证明。但对于钟某收购油菜的行为是否为某榨油厂授权实施的代理行为，当事人双方存在争议。《证据规定》第5条第3款规定："对代理权发生争议的，由主张有代理权一方当事人承担举证责任。"金某主张钟某有代榨油厂收购油菜的代理权，应当承担举证责任。但钟某对此并未提供证据加以证实，应当承担举证不能的责任。金某的诉讼请求不能得到人民法院的支持。

8. 什么是事实推定?

【案情】

王某是一家饲料厂的法人代表。2004 年 8 月，王某代表饲料厂与某机械厂签订合同。双方约定：饲料厂购买该机械厂的机床一台，总价款 12 万元。由饲料厂预付 2 万元，完成组装后支付余款。全部货款付清后，由某机械厂负责运输和安装。2004 年 12 月，机床安装到位，此后，双方因货款支付发生纠纷，诉至人民法院。某机械厂称：饲料厂拖欠货款 4 万元，请求人民法院依法判决其支付。王某代表饲料厂答辩称：根据合同约定，货款全部付清后，某机械厂才将机床启运并安装到位。现在，机床已经安装到位，说明货款已经全部付清。某机械厂未就饲料厂拖欠货款的事实提供证据。

【要点】

本案所反映的是如何进行事实推定的问题。

【评析】

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第 5 条第 2 款规定：“对合同是否履行发生争议的，由负有履行义务的当事人承担举证责任。”本案即是因被告是否完全履行了合同规定的付款义务而发生争议的，因此被告应当对自己已履行义务负举证责任。而本案的被告举的什么证据呢？被告只是举了双方的书面买卖合同中的一个条款，加上机床交付的事实，据此认为合同约定：货款全部付清后，某机械厂才将机床启运并安装到位。现在，机床已经安装到位，说明货款已经全部付清。被告在这里是用一个推定来作抗辩，如果推定事实成立，被告就对推定出的事实免证了。那么，原告可以提出反证，证明被告推定的事实不成立，否则原告就要败诉；如果法官认为该事实推定不能成立，那么就不能免除被告对该待证事实的举证责任，被告应继续就该事实进行举证，若被告不能举出，就承

担举证不能的后果，被告就要败诉。因此，该案中事实推定的成立与否成为关键。

所谓事实推定，是指根据日常生活经验法则就已知事实推论出未知事实的一种证明规则，其推定的根据是日常生活经验法则，它可能会发生例外，因此，事实推定的适用条件有严格限制：第一，必须明确推定的适用范围仅限于审判上必须予以查明但没有必然性的证据予以证明的案件事实；第二，事实推定的前提事实必须真实可靠，且已得到法律上的确认；第三，前提事实和推定事实之间应当具有必然的逻辑关系，即根据前提事实，按照正常的生活经验完全可以推论出推定事实的真实性；第四，允许对方反证以判断事实推定的真实性和合理性。

就本案而言，事实推定是否成立，首先，看被告有没有必然性的证据予以证明，要考虑到被告是否具有证明的可能性，如果被告也无法证明这些事实，法律却将该责任施加被告将是不公平的。本案中，被告是否有此种证据，该证据的证明力如何皆不明确，原告要提出某种主张就必须提出相应证据加以证明，倘若原告不能举证而只是向法院声称某项关键证据在被告手中，那也只是向法院提供了一个收集证据的线索，法院据此可以收集证据，要求被告向法院提供，被告在此情况下应当有义务配合法院的调查活动，但这并不意味着举证责任转移给了被告，更不能因此使被告承担败诉的后果，因此我们认为被告不具有必然性证据；其次，原、被告双方合同约定，货款全部付清后，某机械厂才将机床启运并安装到位，现已知的事实是原告已将机床交付，对这两项前提事实原、被告双方均无异议，在严格按照合同条款履行的情形之下，应完全能够推断出，被告已完全履行了给付全部货款的义务，可见，这里的事实推定应当是成立的。

既然该事实推定成立，就应当认定被告已完成了他的证明责任，他通过事实推定，就其所要证明的事实就免证了。当然，对原告来讲还有补救的方法，基于因适用推定作出的各种可能性的推断之间有一般与个别、普遍与特殊的联系，是用高度盖然性的标准来保证

适用推定的准确性的，对方当事人完全可以提出反证来证明推定不成立，如原告可以举证证明被告持有某项主要证据或者关键证据而又无正当理由拒不提供，如果该证据的内容不利于证据持有人，可以推定该主张成立；或者举证证明合同条款的履行已作了变更。本案原告显然没有能够举证证明被告掌握对被告的不利证据，也不能举证证明合同履行的变更，对要求被告给付 4 万元货款的诉讼请求当然就不能得到法律的支持了。

9. 什么是司法认知？

【案情】

2003 年 6 月，王某因急需用钱，向孙某借款 10 万元，并以一张 10 万元的定期存折（2004 年 5 月到期，存款人为王某）交给孙某作为抵押，向孙某出具借据一份，载明：今借孙某现金 10 万元，2003 年底归还，以存折做抵押，如到期不能还款，存折上的款项归孙某所有。此后，由于王某失踪，未能按期还款，孙某于 2004 年 3 月向人民法院提起诉讼，要求确认其与王某的抵押借款合同合法有效，将存折上的款项划归自己所有。孙某向人民法院提交了王某的身份证复印件和借据、存折。经人民法院查实，身份证复印件所记载的内容及照片与公安机关的户籍资料相符合。孙某还向人民法院提供了王某曾因其他纠纷在另外的法院参与过诉讼。经人民法院调取卷宗中笔迹并送有关机构鉴定，与借据上的笔迹相符合。人民法院依法确认王某与孙某的借款抵押合同合法有效，以王某存折上的款项清偿欠款。在起诉前，孙某向人民法院申请了诉前财产保全。人民法院作出财产保全裁定并将裁定书和停止支付存款通知书送达某银行。某银行负责人在通知书回执上签署：王某在该处的存款 10 万元已经停止支付。当人民法院根据生效判决对该笔存款强制执行时，却发现该笔存款已经被张某以挂失的方式支取。孙某以某银行为被告向人民法院提起诉讼，要求赔偿损失。人民法院经审理后依法判决，某银行违反规定，在张某办理挂失手续时未按规定要求其出具

存款人身份证明，将依法冻结的王某存款支付给他人，造成孙某的抵押权无法实现，应当承担赔偿责任。某银行在按判决作出赔偿后，向人民法院提起诉讼，要求张某返还被其支取的10万元存款。张某答辩称：该笔存款的所有人并不是向孙某借款的王某，而是自己用表弟王甲的别名王某存到某银行的。张某向法庭提交了王甲本人的证言和住所地街道办事处出具的证明王甲的别名为王某的证明以及某银行工作人员证实存款为自己交存的证言。人民法院调取了公安机关的户籍资料，证实王甲没有别名。人民法院经审理后认为，该笔存款为王某所有并已为前案生效判决所确认，张某未能提供足以推翻判决确认的事实的证据，对其主张存款系自己以王甲的别名所存的事实不予认定。张某以挂失方式支取被冻结的王某存款10万元，构成不当得利，应当返还给某银行。

【要点】

本案所反映的是如何进行司法认知的问题。

【评析】

关于司法认知，最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第75条规定："下列事实，当事人无需举证：（1）一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实和提出的诉讼请求，明确表示承认的；（2）众所周知的事实和自然规律及定理；（3）根据法律规定或已知事实，能推定出的另一事实；（4）已为人民法院发生法律效力的裁判所确定的事实；（5）已为有效公证书所证明的事实。"最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》）第8条规定："诉讼过程中，一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实明确表示承认的，另一方当事人无需举证。但涉及身份关系的案件除外。对一方当事人陈述的事实，另一方当事人既未表示承认也未否认，经审判人员充分说明并询问后，其仍不明确表示肯定或者否定的，视为对该项事实的承认。当事人委托代理人参加诉讼的，代理人的承认视为当事人的承认。但

未经特别授权的代理人对事实的承认直接导致承认对方诉讼请求的除外；当事人在场但对其代理人的承认不作否认表示的，视为当事人的承认。当事人在法庭辩论终结前撤回承认并经对方当事人同意，或者有充分证据证明其承认行为是在受胁迫或者重大误解情况下作出且与事实不符的，不能免除对方当事人的举证责任。”第9条规定：“下列事实，当事人无需举证证明：(1) 众所周知的事实；(2) 自然规律及定理；(3) 根据法律规定或者已知事实和日常生活经验法则，能推定出的另一事实；(4) 已为人民法院发生法律效力的裁判所确认的事实；(5) 已为仲裁机构的生效裁决所确认的事实；(6) 已为有效公证文书所证明的事实。前款 (1)、(3)、(4)、(5)、(6) 项，当事人有相反证据足以推翻的除外。”

在某银行诉张某返还存款一案中，张某辩称该笔存款的所有人并不是向孙某借款的王某，而是自己用表弟王甲的别名王某存到某银行的。人民法院作出判决所依据的事实（存款的所有人为王某）不是某银行举证证明的事实，而是前案生效判决确认的事实。这就涉及民事诉讼中的司法认知问题。所谓司法认知，是指人民法院在案件审理过程中无须当事人举证证明而直接认定某一事实的真实性。也就是说，就某些特定的事实由法官直接加以确认，从而免除当事人的举证责任。这是一种最为便捷的证明方式，它不以当事人的举证与质证为前提，是我国《民事诉讼法》规定的“谁主张，谁举证”原则的例外情形，属于一种特殊的法官查明案件事实的方式。

当先前有关案件的事实为人民法院的裁判所确定，便对与之相关联的尚未作出裁判的另一案件的待证事实产生预决的效力，其中已为先前判决所确认而作为另一个未决案件待证事实的事实，在诉讼法上称之为预决的事实，属于司法认知的范畴，当事人无须就该事实承担举证责任，而是由人民法院依据先前的生效判决直接予以确认。因为预决的事实已经为人民法院所查明，重复证明只能增加诉讼成本，降低诉讼效率，浪费司法资源，增加当事人的诉累；而且，该事实为人民法院所出具的裁判文书认定后，即具有法律约束力，如果在其他诉讼中人民法院对同一事实作出相互矛盾的认定，

既不符合我国《民事诉讼法》的诚信要求，也是对生效裁判文书的既判力的否定。因此，这种预决的事实的效力体现在证据法上具有免证的效力，通过司法认知程序，即可作为待证案件的事实。在本案中，存款为王某所有的事实已经为人民法院的生效判决所确认。按照《民事诉讼法》相关司法解释的规定，在本案中，当事人无须就该事实再举证证明，人民法院也无须再查证该事实，即可直接将该事实作为定案的依据。

同时，根据《证据规定》，已为人民法院发生法律效力的裁判所确认的事实，当事人有相反证据足以推翻的，不能免除当事人的举证责任，人民法院也必须重新查证该事实。也就是说，只要人民法院相信当事人确有证据能够充分证明已经发生法律效力的裁判文书所认定的事实存在着错误，那么该事实就不能作为免证事实，通过司法认知的途径直接加以确认，而必须根据《民事诉讼法》“谁主张，谁举证”的原则，由原已免除举证责任的当事人对其主张的事实重新承担举证责任。在本案中，张某向法庭提交了王甲本人的证言和住所地街道办事处出具的证明王甲的别名为王某的证明以及某银行工作人员证实存款为自己交存的证言，用以支持其主张的“该笔存款的所有人并不是向孙某借款的王某，而是自己用表弟王甲的别名王某存到某银行的”的事实。这些证据能否推翻前案判决所确认的存款的所有人为王某的事实呢？在前案中，孙某向人民法院提交了王某的身份证复印件和借据、存折。经人民法院查实，身份证复印件所记载的内容及照片与公安机关的户籍资料相符合。孙某还向人民法院提供了王某曾因其他纠纷在另外的法院参与过诉讼。经人民法院调取卷宗中笔迹并送有关机构鉴定，与借据上的笔迹相符合。因此，前案认定王某其人是存在的，而且是存折所载款项的所有人和借条的出具人。张某虽然向法庭提交了王甲本人的证言和住所地街道办事处出具的证明王甲的别名为王某的证明，但这两份证据的证明力显然低于公安机关户籍资料的证明力。根据公安机关的户籍资料，王甲没有别名。所以，张某主张王甲就是存折上的存款人王某的主张，缺乏充分的证据支持。至于张某提交的某银行工作

人员证实存款为自己交存的证言，只能证明王某是交存该款项的人，与该笔款项的存款人为王甲这一待证事实没有直接联系，不能证明王甲是存款人，更不能证明张某是该笔款项的实际所有人。所以，在本案中，张某没有足够的证据推翻前案生效判决所确认的事实。人民法院通过司法认知直接将生效判决确认的事实：王某是存款的所有人作为定案的依据，是正确的。

10. 什么是法官的释明权？

【案情】

崔某与包某签订联营协议，共同投资开办一家打印社。根据协议约定，崔某投入资金 2 万元，包某投入资金 1 万元和打印设备。2004 年 8 月，崔某与包某因帐目问题发生矛盾，崔某提出解除联营关系，将打印社一分为二，由两人各自经营，并要求包某返还自己投入的 2 万元资金。包某予以拒绝。崔某向人民法院提起诉讼。在本案的审理过程中，主审法官认为两人的法律关系实际上是合伙关系，告知崔某是否变更诉讼请求和进行合伙拆伙清算，崔某拒绝变更。人民法院经审理后依法判决：崔某与包某虽然签订了联营协议，但两人均为自然人，不具备联营的主体资格。联营协议实际上是合伙协议，两人的法律关系为合伙关系。协议签订后，两人已经实际履行协议，合伙经营。崔某要求解除合伙协议，应当对合伙期间投入的财产和合伙期间积累的财产和债权、债务进行清算，分割财产、偿还债务。现在崔某仅要求返还出资和将打印社分割经营，经告知后仍拒不变更诉讼请求进行拆伙清算，其诉讼请求不应支持。因此，判决依法驳回其诉讼请求。

【要点】

本案所反映的是法官怎样使用释明权的问题。

【评析】

所谓法官的释明权，是指在民事诉讼中，遇到当事人的主张或

者陈述不明确、不充分，或者有不当的诉讼主张与陈述，或者所举的证据材料不足以证明其主张而误以为可以证明其主张等情形时，法官通过对当事人进行发问、提醒，启发当事人将不清楚的予以澄清，不充足的予以补充，不适当的予以排除、修正的行为。释明权具有以下法律特征：（1）释明权的主体是人民法院，是专属于人民法院的职权或者职责；（2）释明权只能在当事人提出的诉讼主张或者陈述不清楚、不充分，或者自相矛盾，应提交的证据材料认为已经足够而未提交，应负担举证责任而误以为应由对方当事人负担等特定情形下方可行使，其行使条件受到严格的限制；（3）释明的方式主要是通过法官提问来启发、提醒当事人；（4）释明权行使的目的是使当事人补足证据，排除不当主张，澄清事实和诉讼主张，从而促进诉讼的顺利进行。

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》）对法官行使释明权的情形作出了相应的规定。其中第3条第1款规定："人民法院应当向当事人说明举证的要求及法律后果，促使当事人在合理期限内积极、全面、正确、诚实地完成举证。当事人因客观原因不能自行收集的证据，可申请人民法院调查收集。"第8条第2款规定："对一方当事人陈述的事实，另一方当事人既未表示承认也未否认，经审判人员充分说明并询问后，其仍不明确表示肯定或者否定的，视为对该项事实的承认。"第34条规定："当事人应当在举证期限内向人民法院提交证据材料，当事人在举证期限内不提交的，视为放弃举证权利。对于当事人逾期提交的证据材料，人民法院审理时不组织质证。但对方当事人同意质证的除外。当事人增加、变更诉讼请求或者提起反诉的，应当在举证期限届满前提出。"第35条规定："诉讼过程中，当事人主张的法律关系的性质或者民事行为的效力与人民法院根据案件事实作出的认定不一致的，不受本规定第三十四条规定的限制，人民法院应当告知当事人可以变更诉讼请求。当事人变更诉讼请求的，人民法院应当重新指定举证期限。"

结合上述司法解释的规定和司法实践，释明权的行使主要是在

以下几种情况下：（1）诉讼请求不清楚的释明。诉讼请求不清楚是指当事人提出的诉讼主张不明了，或者自相矛盾，使法官无法理解其真实意图，足以影响人民法院判决的情况。此时，法官可以向当事人发问，甚至可以直接指出其诉讼请求的模糊或者矛盾之处，促使当事人将其诉讼主张陈述清楚。（2）诉讼请求不充分的释明。诉讼请求不充分可能包括：质上的不充分，如原告提出的赔偿请求明显低于法定标准；量上的不充分，即当事人可以同时提出多项诉讼请求而只提出了一部分，如人身损害赔偿中只提出物质性损害的赔偿请求而未提出精神性损害赔偿的请求。此时，法官可以通过发问探求当事人的真实意思，如果当事人对其可以提出法定的赔偿请求或者提出多项赔偿请求确实不清楚，法官应当行使释明权；如果法官在释明后当事人仍然维持原来的诉讼请求，则法官应当根据当事人主张进行裁判。对于当事人完全未主张的事项，不得释明。（3）除去不当的释明。包括对当事人提出的诉讼请求不恰当（如合同无效仍然要求履行）、诉讼标的不恰当、当事人不恰当（如被告因死亡而不适格，法官应当释明原告是否变更当事人）的释明。（4）证据材料不充分时的释明。证明责任本应当属于当事人，当事人负有举证责任而不举证或者举证不充分，理应承担败诉风险。但如果当事人对如何举证不清楚，或者举证证明的对象错误，误以为举证已经充分而实际不充分，误以为举证责任在对方而认为无须举证，法官应当指导当事人明确举证的对象或举证责任的承担，引导当事人提出充足的证据。（5）当事人忽视的法律观点的释明。当事人提出的本案应适用何种法律规范的意见，本身并不具备拘束法官裁判的效力，法官可以依据职权决定适用何种法律规范。但因适用法律问题属于辩论的范畴，如果当事人因疏忽对适用法律未提出意见或者与法官对本案适用法律的看法不符时，不进行释明将影响当事人有效地参与判决的形成并导致突袭裁判，此时应当通过释明使当事人有就忽略的法律观点进行辩论的机会。

释明权具有双重属性，从权利角度看，它是国家授予法官的公权力，不能放弃；从义务角度看，则是一种释明义务，体现法官对

民事主体在参加诉讼时的意志和人格以及其在诉讼中的参与权、知情权、平等权的尊重。对涉及当事人重大利益的事项法官应当履行释明义务，否则即构成程序违法。法官在行使释明权时要做到：（1）必须释明。即法官遇到需要释明的情形时应当主动地予以释明，不可随意取舍。如果不释明，将会产生一定的法律后果。如果法官未向当事人说明举证的要求，而又要求当事人承担证据失权的后果，当事人以法官未履行举证指导义务为由上诉时，上诉法院可以以此为理由撤销原判决，发回重审。（2）全面释明。释明必须全面，该释明的就应当释明，既不能部分释明，也不能片面释明。（3）公开释明。释明程序以及内容必须向双方当事人公开，不得私下与一方口头解释。

在本案中，崔某与包某之间通过签订协议设立了民事法律关系，同时将该协议命名为"联营协议"，但协议的性质必须根据法律规定来认定，而不能由当事人自行命名予以约定。联营是企业之间或者企业、事业单位之间组成的新的经济实体；而个人合伙是指两个以上的公民按照协议，各自提供资金、实物、技术等，合伙经营、共同劳动。本案的当事人双方都是公民，显然不具备联营企业所要求的主体资格，而是符合合伙主体资格的要求。该协议应当认定为当事人双方之间的合伙协议，而并非崔某与包某自行命名的联营协议。鉴于本案协议的性质为合伙协议，崔某的诉讼请求与法官在诉讼中审理和判断的诉讼标的指向并不一致。崔某请求解除联营协议、返还出资、将打印社分割经营，而按照合伙关系的性质，一方要求解除合伙协议，合伙各方应当就合伙体拥有的原投入财产、后积累财产以及经营过程中产生的债权、债务进行清算，分割财产，由合伙人以各自的财产按照出资比例或者协议的约定清偿债务。本案中，崔某明显偏离合伙法律关系的要求进行诉讼。此时，法官应当行使释明权，告知根据对案件性质的认定可能产生的案件处理结果，以及当事人拒不变更诉讼请求可能发生的法律后果。告知行为与当事人处分原则并不矛盾。按照《证据规定》第35条"诉讼过程中，当事人主张的法律关系的性质或者民事行为的效力与人民法院根据案

件事实作出的认定不一致的，……人民法院应当告知当事人可以变更诉讼请求。当事人变更诉讼请求的，人民法院应当重新指定举证期限”的规定，法官根据上述理由行使释明权是正确的。从“人民法院应当告知当事人可以变更诉讼请求”的规定可知，法官的告知义务是强制性义务，即如果不被告知，就会构成对法定程序的违反而致使案件被发回重审。当事人是否变更诉讼请求是选择性的权利。如果当事人不愿意变更诉讼请求，法官只能驳回其诉讼请求，而不能强制当事人变更诉讼请求。

在法官履行了告知义务后，当事人可能会有两种反应：（1）当事人同意变更诉讼请求为合伙拆伙清算。在这种情况下，人民法院将为其重新指定举证期限，在重新指定的举证期限内，当事人重新组织证据，就合伙投入的资产、经营中积累的资产、产生的债权、债务等进行举证、质证，由人民法院主持拆伙清算，分配各方应得的资产、债权和应当清偿的债务。（2）当事人拒绝变更原来的诉讼请求。本案即属于这种情况。基于当事人处分的原则，作为当事人，有权坚持原来的诉讼请求。当事人明知法院将会驳回其诉讼请求，仍然坚持原来的诉讼请求，可能有自己的考虑，大致包括以下几种情形：①当事人提起诉讼的目的是为了讨个说法，即使败诉也在所不惜，所以坚持原来的诉讼请求；②当事人可能认为法官对法律关系的性质和民事行为的效力的认定并不客观，或者存在偏见，希望通过上诉程序能够改变。在本案中，崔某无视当事人双方不符合联营主体资格的客观事实，坚持认为协议性质应当由当事人双方在签订合同时自愿约定，法官无权改变法律关系的性质，将当事人双方之间的法律关系认定为合伙关系是错误的；③根据法律规定，诉讼费用一般按照诉讼请求的金额按照比例收取，因此，变更诉讼请求可能会导致诉讼费用的增加或者减少，有的当事人不愿意追加诉讼费用而不愿意变更诉讼请求，也有些当事人不在乎诉讼请求变更可能导致诉讼费用减少，而宁愿多交诉讼费用，为的是在二审中获得更大的胜利。在本案中，由于崔某坚持原来的诉讼请求，法官无法对其诉讼请求进行审理，在依法行使释明权后驳回其诉讼请求是正

确的。

11. 什么是举证责任？

【案情】

宗某（男，29岁）与段某（女，23岁）同是某企业职工。两人曾经建立恋爱关系。2002年，宗某因单位经济效益不好而辞职下海，从事个体经营。由于经营不善，一年后生意结束，宗某欠下了近3万元的债务。2004年春节后，段某提出终止与宗某的恋爱关系。双方为此而发生矛盾。2004年6月，宗某向人民法院提起诉讼，称：2003年下半年，段某打算下海经商，向其借款10万元，至今未还，请求人民法院依法判决其偿还借款。宗某向法庭提交了段某手书的欠条一张作为证据。欠条的内容为：今借宗某10万元；段某；2003年12月某日。段某答辩称：该借条是两人在恋爱期间为打赌而写下的，纯属玩笑，自己实际上并未向宗某借过任何钱。自己也从未打算下海经商，而且宗某因生意失败，也不具备借出巨款的能力。段某所在企业向法庭出具书面证言，证实段某工作勤奋，爱岗敬业，从未听说其有辞职经商的打算。在庭审过程中，宗某承认其生意失败并欠下债务的事实。

【要点】

本案所反映的是举证责任及其分配规则的问题。

【评析】

我国《民事诉讼法》第64条第1款规定："当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。"最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》）第2条规定："当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任当事人承担不利后果。"根据上述法律规

定，所谓举证责任（又称证明责任），即是当事人对自己所提出的主张有提供证据加以证明的责任。举证责任的内涵主要包括：（1）提供证据的责任。它是指当事人对自己所主张的事实，应当提供证据，否则，即存在诉讼主张不被法院支持的风险。《民事诉讼法》第64条第1款规定："当事人对自己提出的主张，有责任提供证据"，即指提供证据的责任。（2）说服责任。即当事人提供证据证明自己的主张具有真实性，以说服法官对自己主张的事实形成内心确信的责任。（3）不利后果的负担责任。这是一种风险责任，即当事人对其所主张的事实不能提供足以说服法官的证据，将承担败诉或其他不利后果的责任。因此，可以说提供证据责任和说服责任的承担是不利后果负担责任是否发生的前提。当事人就自己的主张不提供证据，或者不能在所提供证据的真实性等问题上说服法官形成内心确信，就将承担不利于己的裁判后果。对这种不利后果的承担是证明责任的重要组成部分。举证责任的设置主要是基于在诉讼活动中，当事人双方争议的事实由于种种原因，往往处于一种真伪不明的状态。在这种情况下，法官不能因为案件事实没有查清而拒绝裁判，从而使纠纷得不到处理，为社会留下不安定的因素，影响民事活动的正常进行。这就需要根据举证责任的分配规则，将不利的诉讼后果判归对争议的案件事实负有举证责任而未能提供充分的证据加以证明的一方当事人。

关于举证责任的分配规则，前述《民事诉讼法》和《证据规定》的条款确立是举证责任分配的一般规则，即"谁主张，谁举证"。除此之外，《证据规定》还确立了举证责任分配的特殊规则，即"举证责任倒置"的规则。《证据规定》第4条规定："下列侵权诉讼，按照以下规定承担举证责任：（一）因新产品制造方法发明专利引起的专利侵权诉讼，由制造同样产品的单位或者个人对其产品制造方法不同于专利方法承担举证责任；（二）高度危险作业致人损害的侵权诉讼，由加害人就受害人故意造成损害的事实承担举证责任；（三）因环境污染引起的损害赔偿诉讼，由加害人就法律规定的免责事由及其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任；

(四)建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落致人损害的侵权诉讼，由所有人或者管理人对其无过错承担举证责任；(五)饲养动物致人损害的侵权诉讼，由动物饲养人或者管理人就受害人有过错或者第三人有过错承担举证责任；(六)因缺陷产品致人损害的侵权诉讼，由产品的生产者就法律规定的免责事由承担举证责任；(七)因共同危险行为致人损害的侵权诉讼，由实施危险行为的人就其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任；(八)因医疗行为引起的侵权诉讼，由医疗机构就医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任。有关法律对侵权诉讼的举证责任有特殊规定的，从其规定。”

在本案中，当事人双方争议的事实处于真伪不明的状态，已有的证据不足以证明段某是否向宗某借款。这就需要根据举证责任的分配规则进行裁判，决定诉讼后果。宗某对自己的主张负有举证责任，为此，宗某提供了借条作为证据。段某否认自己向宗某借款，主张借条是出于玩笑而写下的，自己没有下海经商的打算，不存在向宗某借款的理由，宗某因生意失败而负债，也不具备借出巨款的能力。对于这些主张，段某也应当承担举证责任。宗某对其生意失败并欠下债务的事实予以承认，该事实无需举证证明。段某所在企业则向法庭出具书面证言，证实从未听说段某有辞职经商的打算。段某完成了自己的举证责任。在这种情况下，宗某有责任提供证据证明10万元借款的来源。由于宗某未能提供该证据，其举证责任未能完成，就需要承担不利的诉讼后果。宗某的诉讼请求不能得到法律的支持。

12. 什么是证据补强规则?

【案情】

方某向王某借款5000元，出具借条一张：今向王某借款伍仟圆整(5000元)，2004年9月底归还。由于方某到期未偿还借款，王某持借条到方某家讨要，双方发生冲突。王某向人民法院提起诉讼，

称：方某拒不清偿到期借款，并在自己索要时将借条撕毁，现请求人民法院依法判决方某履行债务。王某向法庭提交了借条的复印件和自己一同前去讨要借款的弟弟的证人证言，并向法庭陈述：当日方某拒不还钱，双方为此发生口角，方某撕毁借条后，自己曾打电话报警，某派出所民警曾到场处理。经人民法院向公安机关核实，王某反映的情况属实。

【要点】

本案所反映的是怎样适用证据补强规则的问题。

【评析】

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》）第69条规定："下列证据不能单独作为认定案件事实的依据：（一）未成年人所作的与其年龄和智力状况不相当的证言；（二）与一方当事人或者其代理人有利害关系的证人出具的证言；（三）存有疑点的视听资料；（四）无法与原件、原物核对的复印件、复制品；（五）无正当理由未出庭作证的证人证言。"上述司法解释规定确立的就是民事诉讼证据的补强规则。所谓证据补强规则，又称瑕疵证据的补强规则，是指某些证据由于其存在证据资格或者证据形式上的某些瑕疵或者弱点，不能单独作为认定案件事实的依据，必须依靠其他证据的佐证，借以担保其真实性或补强其证据价值。补强证据具有以下法律特征：（1）证据具有证据能力。以侵犯他人合法权益的方式，或者以违反法律禁止性规定的方式取得的证据，不能作为认定案件事实的依据，是无证据能力的证据材料，首先应当使用非法证据排除规则，不存在以其他证据对其进行补强的问题。（2）证据的品质存在瑕疵。这种瑕疵是多种多样的，例如证人是未成年人，有利害关系者，无正当理由不出庭作证者，视听资料存在疑点，书证、物证无法与原件、原物核对等。（3）不足以严重影响证明力的瑕疵，例如证人表达能力的强弱、复制技术的高低、无关紧要的改动、能合理排除的疑点等，仅有这些瑕疵的证据，不

需要适用证据补强规则。(4) 证据证明力需要其他证据补强。用来补强瑕疵证据的证据必须要有证据能力，其具体数量应该满足法官自由心证，即使法官产生对证据证明的事实的内心确信的程度，否则不能单独作为认定案件事实的依据。

根据上述司法解释的规定，证据补强规则主要适用于以下几种情况：(1) 某些证人证言。未成年人所作的与其年龄和智力状况不相当的证言、与一方当事人或者其代理人有利害关系的证人出具的证言、无正当理由未出庭作证的证人证言，均属于言词证据，与其他证据相比，具有很多变数，这些不确定的变数影响了证据的证明力，使得证言的证明力与其他证据相比显得较弱。因而不能独自证明案件的主要事实，需要与其他证据一起相互印证，补强之后对案件起证明作用。民事诉讼中的证据补强规则主要针对的是证人证言证据。(2) 存在疑点的视听资料。在诉讼证据领域所说的证据资料，是指以图像、数据和资料反映出来的，可以证明案件事实的证据。它包括录音带、像片、电话录音，以及录像带、电视录像、电影胶卷、微型胶卷、雷达扫描和传真资料、电子计算机装置等储存的数据和资料等。未经对方当事人同意而单方录制的视听资料，即“偷录偷拍证据”属于有瑕疵的证据。只有在其他证据以佐证的方式为它补强时，才能作为定案的证据。(3) 无法与原件、原物核对的复印件、复制品证据的适用。当事人向法院提供证据，应当提供原件和原物。但在司法实践中，当事人提供原件和原物又受到多方面的影响和限制，为此法律允许当事人向人民法院提供复印件或者复制品，但须经人民法院与原件、原物核对无误后，法院才能确认其证明力。因此，无法与原件、原物核对的复印件、复制品证据也属于真实性有瑕疵的证据，需要其他证据予以补强。

最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第78条规定：“证据材料为复制件，提供人拒不提供原件或原件线索，没有其他材料可以印证，对方当事人又不予承认的，在诉讼中不得作为认定事实的根据。”因此，无法与原件核对的书证的复印件作为认定案件事实的依据，必须具备以下条件：(1)

必须有其他证据可以与复印件相互印证，单一复印件证据不能单独认证。即复印件证据应有其他辅助证据加以印证，且证据之间应能形成证据锁链，从而证明案件事实。（2）书证复印件提供人不能提供原件核对有正当理由，即有客观上不能提供原件的原因（包括有证据证明复印件原件已经灭失，原件在其他人手中）。主观上的原因不是不能提供原件的正当理由。（3）书证复印件提供人应承担证明不能提供原件是确有客观原因的举证责任。书证复印件只有在具备上述条件的情况下，人民法院才可以将其作为认定案件事实的依据。

在本案中，王某主张借据的原件被方某撕毁。该借据的复印件在无法与原件核对的情况下，属于补强证据，需要其他证据的印证才能作为认定案件事实的依据。王某还提供了与其一同去讨债的弟弟的证人证言。由于证人与王某是亲属关系，存在利害关系，按照司法解释的规定，该证据也是补强证据，需要其他证据的佐证。此外，最为关键的是，王某提供了一条证据线索：当日方某拒不还钱，双方为此发生口角，方某撕毁借条后，自己曾打电话报警，某派出所民警曾到场处理。经人民法院核实，王某的陈述属实。这一证据不仅证明了王某不能提供证据原件确有正当理由，而且与上述证据之间相互印证，证明了方某向王某借款的事实。根据上述证据，可以认定王某主张的事实成立。

13. 在哪些情况下，人民法院需要依职权收集证据？

【案情】

金某是某村农民。1990 年，金某承包了村集体所有的一片荒山，种植经济林木。经过 10 多年的辛苦经营，终于到了收获的季节，眼看着长势良好的漫山林木，金某有一种说不出的喜悦。2004 年 8 月，金某和同村农民王某等人签订了林木采伐协议，约定由王某等人承包采伐金某的经济林，工作完成后，金某支付给王某等人劳务报酬 6000 元。2004 年 12 月，采伐工作结束，由于金某手头没有现金可以支付，向王某等人出具了一张金额为 6000 元的欠条，承诺在 2005

年春节前付清全部欠款。由于金某未按约定支付拖欠的劳务报酬，王某等人向人民法院提起诉讼，要求金某支付欠款，并提供林木采伐协议和金某出具的欠条作为证据。人民法院对当事人提交的诉讼材料进行审查后认为，当事人双方提交的诉讼材料中均不包括采伐林木的合法手续。按照我国法律规定，采伐林木必须向有关的林业主管部门申领林木采伐许可证；如果当事人未申请办理林木采伐许可证而签订林木采伐协议并加以履行，则违反了国家法律的强制性规定。这样的合同依法为无效合同，不受法律保护。鉴于这种情况，人民法院向当地林业部门调查了当事人办理林木采伐手续的情况。在查明当事人的采伐计划已经得到了林业部门批准并依法颁发林木采伐许可证后，人民法院经审理依法判决金某按约定支付王某等人的劳务报酬6000元。

【要点】

本案所反映的是人民法院在民事诉讼活动中依职权调查收集证据的问题。

【评析】

收集证据，又称采证，是特定的国家专门机关、律师、一般公民、法人或者其他组织为证明自己的诉讼主张或者查明待定的案件事实，通过一定的行为，采取必要的方法获取和收集证据的活动。收集证据具有以下特征：（1）收集证据的主体具有广泛性，既包括国家机关，如人民法院、人民检察院等司法机关，以及公安机关和其他行政执法机关；也包括一般公民、法人和其他组织以及诉讼代理人、辩护人等。（2）收集证据是具有明确目的的行为。对于国家专门机关来说，收集证据的目的在于查明案件事实，作出正确的裁决或者处理决定；对于律师、一般公民、法人或者其他组织来说，是为了揭示案件事实或者证明本方的诉讼主张。（3）收集证据的活动内容是通过一定的行为、采取必要的方式获取和收集证据。获取证据往往要通过现场勘察、调查访问了解案件情况等行为，必要时

还要以一定的技术手段，如专门用以采集指纹、足迹和微量物证等的技术手段，对证据进行提取和固定。

收集证据根据主体和立足点的不同，可分为两种：一是基于法律赋予的权力（这项权力本身也是一种职责），包括司法机关、行政机关等的收集证据的行为。对于人民法院来说，收集证据的权力既是审判权的重要组成部分，也是所承担的审理义务的重要组成部分，在符合法律规定的特定情形时，人民法院有权进行收集证据的活动，也有责任主动依职权收集证据。同样，人民检察院和公安机关以及其他行政执法机关收集证据也是基于法律的授权，它们所进行的活动也属于职责范围内的活动，在进行这些活动时不允许对自己的职责有所懈怠。二是基于权利或者证明责任进行的证据收集。律师、公民、法人或者其他组织收集证据是基于法律赋予的权利而进行的活动，对于在诉讼中承担证明责任所必需的活动，如果其放弃进行这项活动，就有可能在诉讼中被迫承担败诉的后果。

证据的收集与保全在诉讼活动中具有重要意义，主要表现为：(1) 证据的收集是正确认定案件事实的基础。人民法院在审理案件时，首先必须全面获得证据，而后据此认定案件事实；没有证据或者证据不足，就不能准确认定案件事实，正确处理纠纷，使权利受到侵害的当事人获得救济。(2) 证据收集是保证当事人实体权益的手段。在现代社会，当事人纠纷形成以后，有关的当事人为了维护自己的合法权益，应当积极提供证据或者证据线索，在法律允许的范围内主动地收集和提供证据。承担证明责任的当事人为了维护自己的合法权益，也应当积极主动地提供有利于自己的证据或者证据线索。

《民事诉讼法》第64条第2款规定："当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。"这是人民法院依职权主动调查收集证据的法律依据。人民法院依职权调查收集证据是人民法院行使国家审判权的需要，在依职权调查收集证据的过程中，人民法院既要收集对原告有利的证据，也要收集对被告有利的证据，其所收集的

证据是能够证明案件事实的证据。根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》，人民法院根据审理案件需要主动调查收集的证据包括两类：（1）涉及可能有损国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的事实；（2）涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等与实体争议无关的程序事项。人民法院依职权调查收集的证据和其他证据一样，必须在庭审中经当事人双方质证，人民法院根据当事人双方质证的情况全面地审查核实证据。未经质证的证据，不能作为定案的依据。

在本案中，当事人双方对签订的林木采伐协议的合法性没有异议，但都没有提供林木采伐行为经林业主管部门批准的合法手续。按照我国《森林法》的规定，采伐林木必须申请采伐许可证，按许可证的规定进行采伐；农村居民采伐自留地和房前屋后个人所有的零星林木除外。

由于本案中采伐的林木不是农民自留地和房前屋后个人所有的零星林木，因此，必须办理林木采伐手续。未办理采伐手续而签订采伐协议并进行采伐的，是违法行为，协议不受法律保护。由于未经有关部门批准而采伐林木损害了国家和社会的公共利益，扰乱了国家的林业管理秩序，在当事人双方未提供林木采伐手续的情况下，人民法院必须查清采伐行为是否合法的事实。这就要求人民法院依职权调查收集证据。因此，在本案中，人民法院根据审判需要，向当地林业主管部门调查当事人办理林木采伐手续的情况是正确的，符合民事诉讼法的规定。①

14. 在哪些情况下，当事人可以申请人民法院调查收集证据？

【案情】

张某是当地小有名气的画家。2003 年 5 月，某企业请其设计厂

① 李国光主编：《最高人民法院〈关于民事诉讼证据的若干规定〉的理解与适用》，中国法制出版社 2002 年版，第 181～182 页。

徽。双方达成协议：张某在2003年底前完成设计，某企业向其支付设计费1万元。2003年11月，张某完成了设计，但某企业对他的设计图不满意，认为缺乏创意，没有反映出该企业的特点。此后，双方未再联系。2004年6月，张某外出途经该企业厂门口时，发现该企业大门上悬挂的厂徽与自己的设计极为相似，只有细微的改动。张某当即找到该企业的负责人，要求支付劳动报酬。某企业负责人认为，该厂徽是另找他人设计的，虽然参照了张某的设计，但已经做了实质性的变动，因此，不能支付给张某报酬。双方为此而发生了争执。张某当即用相机对某企业大门上悬挂的厂徽进行拍照。2004年8月，经屡次交涉未果，张某向人民法院提起诉讼，认为某企业违反约定，在未支付劳动报酬的情况下使用其设计方案，应当承担违约责任，支付自己的劳动报酬和违约金。张某向法庭提交了双方的协议以及自己的设计方案和照片作为证据，同时向法庭提出调查收集证据的申请，请求人民法院调取某企业的厂徽设计图纸，以与自己的设计方案进行比较，确定某企业是否存在侵犯自己合法权益的情况。

【要点】

本案所反映的是当事人在哪些情况下可以申请人民法院调查收集证据的问题。

【评析】

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》）第16条规定："除本规定第十五条规定的情形外，人民法院调查收集证据，应当依当事人的申请进行。"第17条规定："符合下列条件之一的，当事人及其诉讼代理人可以申请人民法院调查收集证据：（一）申请调查收集的证据属于国家有关部门保存并需人民法院依职权调取的档案材料；（二）涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的材料；（三）当事人及其诉讼代理人确因客观原因不能自行收集的其他材料。"根据上述司法解释的规定，当事人申请人民法院

院调查收集证据，主要是在以下几种情况下：

1. 国家有关部门保存的档案材料

指过去和现在的国家机构、社会组织和个人从事政治、军事、经济、科学、技术、文化、宗教等活动直接形成的对国家和社会有保存价值的各种文字、图表、声像等不同形式的历史记录。档案分为两种：已开放的档案和未开放的档案。公民和组织持介绍信或者工作证、身份证等合法证明，可以查阅已经开放的档案。而要阅览、复制和摘录未开放的档案，必须经馆长同意，必要时要报请上级主管机关审查、批准。保密档案的阅览、复制或者摘录的限制大于普通档案，随着密级的提高，阅览、复制和摘录的限制越严格。当事人申请调查收集的证据，如属于国家有关部门保存并需人民法院依职权调取的档案材料，当事人不能自行调查收集，必须向人民法院提出调查收集证据的申请。

2. 涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的材料

国家秘密是关系国家的安全和利益，依照法定程序确定，在一定时间内只限一定范围内的人员知悉的事项。包括：（1）国家事务的重大决策中的秘密事项；（2）国防建设和武装力量活动中的秘密事项；（3）国民经济和社会发展中的秘密事项；（4）科学技术中的秘密事项；（5）维护国家安全活动和追查刑事犯罪中的秘密事项；（6）外交和外事活动中的秘密事项以及对外承担保密义务的事项；（7）其他经国家保密工作部门确定应当保守的国家秘密事项。商业秘密则是指不为公众所知悉、能为权利人带来经济利益、具有实用性并采取保密措施的技术信息和经营信息。商业秘密的构成要件之一是其秘密性，即这种技术信息和经营信息不为权利人以外的人所知悉，一旦被他人知悉，就会给权利人造成经济损失，因此，涉及商业秘密的信息不能向一般人开放。个人隐私，又称个人私人生活秘密，是指私人生活安宁不受他人非法干扰，私人信息秘密不受他人非法收集、刺探和公开等。一般认为包括以下内容：（1）公民的姓名、肖像、住址、住宅电话、身体肌肤状态（尤其是性器官）；（2）个人活动，尤其是住宅内的活动不得被监视、监听、窥视、摄

影、录像；（3）住宅不受非法侵入、窥视或骚扰；（4）性生活；（5）私人储蓄、财产状况不受非法调查和公布；（6）私人通信、日记和其他私人文件、个人数据（包括电脑里的个人数据）；（7）公民的档案材料；（8）公民不向社会公开的过去或现在的纯属个人的情况（如多次失恋、被罪犯强奸、患有某种疾病或者曾患有某种疾病），等等。

3. 当事人及其诉讼代理人确因客观原因不能自行收集的其他材料

这是一个弹性条款，用来概指前述两种情况以外的材料，当然，必须限于确因客观原因不能自行收集的其他材料，如果当事人因为人力、物力、财力的限制不能自行收集证据，不属客观原因的范畴。在实践中，当事人申请人民法院调查收集证据还必须具备以下条件：当事人申请人民法院调查收集证据，应当提供证据线索，而且该线索应与证据有实质联系；当事人应当缴纳人民法院调查收集证据的必要费用。

在本案中，张某所要收集的证据在对方当事人手中，这种情况能否视为“当事人及其诉讼代理人确因客观原因不能自行收集的其他材料”呢？从表面上看，由于证据掌握在某企业手中，张某要取得该证据有一定困难。但我们也应当看到，人民法院调查收集证据只是当事人取证的一种辅助手段，一般只有在当事人双方都无法提供该证据，而且该证据对证明案件事实有着重要价值的情况下才能进行。如果证据掌握在对方当事人手中，而对方又拒不提供的，不需要申请人民法院调查收集证据。因为根据《证据规定》第75条的规定，“有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供，如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人，可以推定该主张成立。”人民法院可以要求某企业提供厂徽的设计图纸，如果某企业拒绝提供，则张某的主张成立，由某企业承担不利的诉讼后果。

《证据规定》对当事人申请人民法院调查收集证据的程序和有关要求作出了规定。当事人及其诉讼代理人申请人民法院调查收集证据，应当提交书面申请。申请书应当载明被调查人的姓名或者单位

名称、住所地等基本情况，所要调查收集的证据内容，需要由人民法院调查收集证据的原因及其要证明的事实。当事人及其诉讼代理人申请人民法院调查收集证据，不得迟于举证期限届满前7日。人民法院对当事人及其诉讼代理人的申请不予准许的，应当向当事人或其诉讼代理人送达通知书。当事人及其诉讼代理人可以在收到通知书的次日起3日内向受理申请的人民法院书面申请复议一次。人民法院应当在收到复议申请之日起5日内作出答复。调查人员调查收集的书证，可以是原件，也可以是经核对无误的副本或者复制件。是副本或者复制件的，应当在调查笔录中说明来源和取证情况。调查人员调查收集的物证应当是原物。被调查人提供原物确有困难的，可以提供复制品或者照片。提供复制品或者照片的，应当在调查笔录中说明取证情况。调查人员调查收集计算机数据或者录音、录像等视听资料的，应当要求被调查人提供有关资料的原始载体。提供原始载体确有困难的，可以提供复制件。提供复制件的，调查人员应当在调查笔录中说明其来源和制作经过。

15. 民事诉讼中的鉴定应当如何进行？

【案情】

村民陈某每年都在某水泥厂东南边200多米处的农田里种植西瓜10亩，平均每亩收入1500元。2003年2月上旬，陈某同往年一样在该农田里种植西瓜。两个月后，陈某种植的西瓜枝叶长势良好，并已开花结果。此时，某水泥厂为了减少企业成本，降低耗电量，将排污设备关闭，致使大量的烟尘未经除尘向外排放，并随风漂到村民陈某种植的西瓜地上。陈某种植的西瓜枝叶渐渐枯死。陈某认为其种植的西瓜枝叶枯死的原因是某水泥厂排放的超标烟尘所致，遂请了当地县农业局的高级农艺师对该农作物进行鉴定。农业专家们到现场察看后，以当地县农业局的名义作出鉴定结论认定：陈某种植的西瓜枝叶枯死，是某水泥厂排放的含有大量的二氧化硫的烟尘引起的，农作物经济损失为15000元。陈某持该鉴定结论作为证

据向法院起诉，要求某水泥厂赔偿经济损失15000元。某水泥厂认为陈某种植的西瓜枝叶枯死，不是其排放的烟尘所致，而是其他原因（如施肥或喷洒农药不当）所致，并提出当地农业局不具备鉴定资质条件，该鉴定结论不具有法律效力，同时提供在某水泥厂周围其他村民种植的西瓜长势良好未受污染损害的证据，反驳对方提供的鉴定结论，并根据举证责任倒置原则，向法院申请重新进行鉴定。

【要点】

本案所反映的是民事诉讼中的鉴定问题。

【评析】

要处理好本案，首先要确定陈某种植的西瓜枝叶枯死的原因是某水泥厂生产水泥时将排污设备关闭，大量的烟尘未经过滤向外排放造成的，还是因为原告因施肥或喷洒农药不当所致，即陈某种植的西瓜枝叶枯死与某水泥厂生产水泥时排放的大量烟尘有无直接的因果关系；然后再确定某水泥厂应否赔偿原告陈某的经济损失15000元。要确定陈某种植的西瓜枝叶枯死与某水泥厂生产水泥时排放的大量烟尘是否存在因果关系，必须运用科学的技术手段进行鉴定。因此，鉴定是本案最重要的问题。基于此，本案争议的主要焦点有：（1）县级农业局的高级农艺师以农业局的名义对该农作物进行鉴定，其所作出的鉴定结论是否可以作为本案定案的依据？（2）法院能否根据某水泥厂的要求，对该西瓜枝叶枯死是否因水泥厂排放烟尘所致重新进行鉴定？（3）如果法院准许某水泥厂提出重新鉴定的请求，那么其鉴定机构又是哪个部门呢？

1. 关于县级农业局的高级农艺师以农业局的名义对该农作物进行鉴定，其所作出的鉴定结论是否可以作为定案的依据

司法鉴定是指司法机关为了查明案情，运用科学技术或其他专门知识，对案件中的有关事物所作的鉴定与判断。县农业局的高级农艺师以农业局的名义对该农作物进行鉴定，其实质就是农业局的鉴定结论。对农业局所作出的鉴定结论是否可以作为本案定案的依

据，首先要看农业局是否符合鉴定机构所应当具备的资质条件，是不是法定的鉴定机构。《人民法院对外委托司法鉴定管理规定》第4条规定：“自愿接受人民法院委托从事司法鉴定，申请进入人民法院司法鉴定人名册的社会鉴定、检测、评估机构，应当向人民法院司法鉴定机构提交申请书和以下材料：（1）企业或社团法人营业执照副本；（2）专业资质证书；（3）专业技术人员名单，执业资格和主要业绩；（4）年检文书；（5）其他必要的文件、资料。”

这一规定明确提出鉴定机构必须具备的法定条件，而县级农业局并不具备鉴定机构所应当具备的条件，因此，它不是法定的鉴定机构。其次要看农业局作出的鉴定过程是否符合法定的程序。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》）第29条规定：“审判人员对鉴定人出具的鉴定书，应当审查是否具有下列内容：（一）委托人姓名或者名称、委托鉴定的内容；（二）委托鉴定的材料；（三）鉴定的依据及使用的科学技术手段；（四）对鉴定过程的说明；（五）明确的鉴定结论；（六）对鉴定人鉴定资格的说明；（七）鉴定人员及鉴定机构签名盖章。”而县级农业局的专家仅仅以目测分析就作出结论：“原告陈某种植的西瓜枯死，是被告某水泥厂排放的超标烟尘（含有大量的二氧化硫）所致”，是一种主观判断，是没有科学依据的，难以让人信服。因此，县级农业局的高级农艺师仅凭主观判断就以农业局的名义对该农作物进行鉴定，其所作出的鉴定结论是没有科学依据的，不能作为定案的依据。

2. 法院能否根据某水泥厂的要求对该西瓜枝叶枯死是否因水泥厂排放烟尘所致重新进行鉴定

《证据规定》第28条规定：“一方当事人自行委托有关部门作出的鉴定结论，另一方当事人有证据足以反驳并申请重新鉴定的，人民法院应予准许。”某水泥厂认为原告陈某种植的西瓜枯死，不是其排放的超标烟尘所致，同时提供在其周围其他村民种植的西瓜枝叶长势良好的证据，该证据足以反驳原告提供的鉴定结论，并提出当地农业局不具备鉴定资质条件，该鉴定结论不具有法律效力。《证据

规定》第4条第1款第3项规定："因环境污染引起的损害赔偿诉讼，由加害人就法律规定的免责事由及其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任。"对加害行为与侵害或者损害之间的因果关系的证明，实行"举证责任倒置"。

某水泥厂向法院申请重新鉴定，既是他的权利，也是他的义务。因此，法院应予以准许。

3. 如果法院准许某水泥厂提出重新鉴定的请求，那么重新鉴定机构该是哪个部门

目前，我国人身损害伤情有专门的鉴定机构，文字笔迹和指纹及精神病等也有专门的鉴定机构，而对农作物因环境污染造成损害还没有专门的鉴定机构。要鉴定原告陈某种植的西瓜枝叶渐渐枯死的原因是否因某水泥厂生产水泥排放大量的烟尘所致，不能以人的主观判断和猜测，要根据科学技术方法对某水泥厂排放的有害物质进行检测，并由农业专家分析判断作出结论。首先必须要由有鉴定资质条件的省环境保护部门对某水泥厂排放的烟尘中的二氧化硫含量进行测试；由有鉴定资质条件的省分析检测中心对西瓜叶片的二氧化硫含量和铜、镉、铬、铅等重金属含量进行对比检测，对土壤中的PH值、铜、镉、铬、铅等重金属含量等进行对比检测；然后由省农业科学研究院农业专家组成专家评判小组，根据所检测出来的数据，参照西瓜的生存环境进行分析判断，作出某水泥厂生产水泥排放大量的烟尘是否会导致原告陈某种植的西瓜死亡的结论。

16. 民事诉讼中的证据保全应当如何进行？

【案情】

甲村与乙村毗邻。乙村的牧民经常将羊群赶入甲村的草场放牧，引起了两村的矛盾。为此，甲村多次向当地人民政府反映情况，请求保护其合法权益。但乙村的牧民凭借两村草场临界的便利条件，一旦政府工作人员前来检查，便将畜群赶回自己的草场，逃避查处。乙村村委会对村民的行为百般包庇，拒不配合政府的工作，使两村

的矛盾有激化的趋势。为了避免矛盾进一步激化，甲村村委会经研究后决定采取法律手段，维护自己的合法权益。2004 年 5 月，甲村向人民法院提起诉讼，请求人民法院依法判决乙村停止侵权，赔偿损失，同时申请对乙村的侵权行为进行证据保全。人民法院经审查后批准了甲村的证据保全申请。经办该案的法官和当地政府工作人员在甲村干部的配合下，共同对乙村村民的越界放牧行为进行了录像，同时对两村部分村民进行了询问，制作了询问笔录。在庭审过程中，乙村对上述录像和笔录等证据没有异议，人民法院依法认定了乙村的侵权事实，判决乙村停止其侵权行为，赔偿因越界放牧给甲村造成的经济损失。

【要点】

本案所反映的是民事诉讼中的证据保全问题。

【评析】

《民事诉讼法》第 74 条规定："在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，诉讼参加人可以向人民法院申请保全证据，人民法院也可以主动采取保全措施。"所谓证据保全，是指民事诉讼中，在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，人民法院根据当事人的申请或者依照职权主动采取一定措施对证据加以固定和保护的制度。[①]在民事诉讼活动中，由于某些与认定案件事实有着密切关系的证据存在损毁或者灭失的可能，从审判活动的实际需要出发，就必须采取有效的措施加以保全。因此，我国诉讼法对证据保全作出了规定。

1. 证据保全的提起

根据我国《民事诉讼法》的规定，证据保全的提起有以下两种方式：一是依当事人的申请进行证据保全。一般情况下，当事人申请证据保全应当向人民法院提出书面申请，在特殊情况下，也可以以口头方式提出申请。在以口头方式提出证据保全申请的情况下，

① 金长荣：《诉前禁令和诉前证据保全的实践》，载《人民司法》，2002 年第 12 期。

人民法院应当将当事人的申请记录在案，由当事人签名或盖章。本案属于一般民事侵权纠纷案件，根据举证责任的分配原则，原告必须对被告主观上有过错、客观上存在侵权行为、侵权行为造成了损害后果以及侵权行为与损害后果之间存在因果关系进行举证。

但由于本案当事人侵权行为的特殊性，受害人提供证据存在一定的困难，而且，如果不及时对有关证据进行保全，一旦侵权人为逃避法律制裁而暂停侵权行为，侵权证据就无法取得，当事人的合法权益也将得不到法律的有效保护。在这种情况下，人民法院根据当事人的申请而采取证据保全措施是正确的。同时人民法院依据法律授予的职权也可以采取证据保全措施。《民事诉讼法》第 64 条第 1 款规定："当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。"最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》）第 15 条规定："《民事诉讼法》第六十四条规定的'人民法院认为审理案件需要的证据'，是指以下情形：（一）涉及可能有损国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的事实；（二）涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等与实体争议无关的程序事项。"根据上述法律规定，人民法院依职权主动采取证据保全措施的范围有着严格的限制，仅限于上述人民法院依职权可以主动调查收集的证据。除此之外，其他必须由当事人举证的证据需要进行证据保全的，必须依当事人的申请。当事人未提出证据保全申请的，人民法院不能依职权主动采取证据保全措施。关于提起证据保全的期限，《证据规定》第 23 条规定："当事人依据《民事诉讼法》第七十四条的规定向人民法院申请保全证据，不得迟于举证期限届满前七日。当事人申请保全证据的，人民法院可以要求其提供相应的担保。法律、司法解释规定诉前保全证据的，依照其规定办理。"

2. 证据保全申请的审查

当事人提出证据保全申请后，人民法院应当对申请进行必要的审查。首先要审查当事人的申请是否在法律规定的申请期限内提出，

如果当事人的申请超过了规定的期限，应当予以驳回；其次要审查待保全的证据是否与案件所涉及的法律关系有关，即待保全的证据材料必须是能够证明案件事实的材料；第三要审查待保全的证据材料是否存在损毁、灭失或者以后难以取得的可能；第四要审查待保全的证据材料是否确属申请人无法取得；第五要审查申请人所欲保全的证据类型和证据方法，是否需要提供相应的担保。人民法院一旦要求申请人提供担保，申请人必须提供担保，逾期不提供担保的，视为放弃申请。

3. 证据保全的措施

《证据规定》第24条规定："人民法院进行证据保全，可以根据具体情况，采取查封、扣押、拍照、录音、录像、复制、鉴定、勘验、制作笔录等方法。人民法院进行证据保全，可以要求当事人或者诉讼代理人到场。"至于采取何种证据保全措施和证据保全的具体范围，应当根据案件的具体情况采取及时、有效的措施和手段，以达到固定、保存证据的目的。人民法院在采取证据保全措施时，应当由两名以上的审判人员执行，并可以要求当事人或者诉讼代理人到场作为证据保全的见证人。当事人或者诉讼代理人不到场的，不影响证据保全措施的执行；当事人或者其诉讼代理人应当在调查、勘验笔录或者查封、扣押的清单上签名、盖章；当事人或者诉讼代理人拒绝签名、盖章的，人民法院应当记明于笔录或者在查封、扣押清单上予以注明。在本案中，甲、乙两村的草场毗邻，乙村的村民越界放牧，一旦政府工作人员前来检查，立即收缩到本村草场内，侵权行为具有不留痕迹、证据难以取得的特点。在这种情况下，人民法院采用录像的方式对乙村村民越界放牧的行为进行证据保全，为案件的审理取得了重要的证据。证据保全措施是恰当的。[①]

---

① 齐树洁、王振志主编：《证据法案例精解》，厦门大学出版社2004年版，第121～123页。

17. 在适用简易程序审理的案件中，举证期限如何确定？

【案情】

甘某与张某是同一层楼的邻居。由于在楼道里堆放杂物的事情，两人发生了矛盾。2004 年 8 月的一天，甘某回家时发现张某的自行车放在自家门口，十分生气，立即找张某论理。在争吵过程中，甘某将张某的自行车从 4 楼的窗户扔了出去。为此，张某多次向甘某要求赔偿。

由于双方协商未果，张某向人民法院提起诉讼，请求甘某赔偿自己的损失。人民法院决定适用简易程序审理该案，并在向张某送达案件受理通知书的同时，为张某指定了 15 天的举证期限。由于张某在收到案件受理通知书的 15 天内未能向人民法院提供证据，人民法院经审理后，依法判决张某败诉。张某不服，提起上诉，认为一审法院为自己指定的举证期限少于法律规定的 30 天，使自己未能充分行使自己的举证权利，要求人民法院撤销原判，依法为自己重新指定举证期限。

【要点】

本案所涉及的是适用简易程序审理的民事案件中的举证期限的问题。

【评析】

所谓简易程序，根据《民事诉讼法》的规定，是基层人民法院和它派出的法庭在审理事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的简单的民事案件时适用的审判程序。在适用简易程序审理的民事案件中，原告可以口头起诉。当事人双方可以同时到基层人民法院或者它派出的法庭，请求解决纠纷。基层人民法院或者它派出的法庭可以当即审理，也可以另定日期审理。基层人民法院和它派出的法庭可以用简便方式随时传唤当事人、证人。人民法院适用简易程序

审理案件，应当在立案之日起3个月内审结。根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》）第81条的规定，人民法院适用简易程序审理案件，在指定举证期限时，可以不受《证据规定》第33条第3款“由人民法院指定举证期限的，指定的期限不得少于三十日，自当事人收到案件受理通知书和应诉通知书的次日起计算”规定的限制。由于在民事诉讼中，简易程序得到了广泛的适用。因此，在此类案件中，人民法院是否应当为当事人指定举证期限，指定多长时间的举证期限，就关系到广大民事诉讼当事人的合法权益和切身利益。由于《证据规定》对人民法院在适用简易程序审理民事案件时究竟该如何为当事人指定举证期限没有作出进一步的明确规定，因此，在审判实践当中，各地的做法差别很大。指定的举证期限有长有短，甚至不指定举证期限，不利于当事人充分、有效地行使其诉讼权利，保护自身的合法权益。

根据《民事诉讼法》的规定，在适用简易程序审理民事案件时，人民法院可以当即审理，也可以另定日期审理。对于当即审理并可以即时审结的民事案件，由于省略了当事人应诉、答辩的程序，人民法院当然就不必再确定举证期限。但能够即时审结的民事案件毕竟是少数，对于大多数适用简易程序审理的民事案件，都必须经过当事人的应诉和答辩，人民法院必须为当事人指定举证期限。那么，在指定举证期限时，人民法院应当指定多长时间的举证期限呢？这就要结合有关规定做综合的考虑和衡量。《证据规定》第19条第1款规定：“当事人及其诉讼代理人申请人民法院调查收集证据，不得迟于举证期限届满前七日。”第23条第1款规定：“当事人依据《民事诉讼法》第七十四条的规定向人民法院申请保全证据，不得迟于举证期限届满前七日。”第54条第1款规定：“当事人申请证人出庭作证，应当在举证期限届满十日前提出，并经人民法院许可。”根据上述规定，当事人在举证期限内除了要承担举证责任外，还享有申请人民法院调查收集证据、申请证据保全以及申请传唤证人出庭作证等诉讼权利。如果人民法院在适用简易程序审理民事案件时为当事人指定的举证期限过于仓促，可能导致当事人无法完成相应的诉

讼行为，不仅当事人的诉讼权利可能受到侵害，而且司法解释的有关规定也将流于形式，法律的尊严和权威将得不到有效的保障。

《民事诉讼法》第 113 条第 1 款规定：“人民法院应当在立案之日起五日内将起诉状副本发送被告，被告在收到之日起十五日内提出答辩状。”《证据规定》第 32 条规定：“被告应当在答辩期届满前提出书面答辩，阐明其对原告诉讼请求及所依据的事实和理由的意见。”答辩和举证是一对相互关联的行为，既然法律为当事人规定了 15 天的答辩期限，那么，在适用简易程序审理民事案件时，指定的举证期限也应当参照 15 天的标准。《证据规定》第 33 条第 1 款规定：“人民法院应当在送达案件受理通知书和应诉通知书的同时向当事人送达举证通知书。举证通知书应当载明举证责任的分配原则与要求、可以向人民法院申请调查取证的情形、人民法院根据案件情况指定的举证期限以及逾期提供证据的法律后果。”在本案中，人民法院适用简易程序审理张某起诉甘某赔偿损失一案，在向张某送达立案通知书时为其指定了 15 天的举证期限，符合有关法律和司法解释的精神。张某应当在收到立案通知书的 15 天内向人民法院提供证据。由于张某在人民法院指定的举证期限内未能履行举证义务，因此应当承担举证不能的责任和败诉的不利后果。一审人民法院的判决是正确的，对张某的上诉应当依法予以驳回。

18. 在当事人提出管辖权异议的案件中，举证期限如何确定？

【案情】

都说远亲不如近邻，可孙某和钱某这对邻居却因为一些生活中的小事成了冤家对头。2004 年 8 月，两个人又为鸡毛蒜皮的事发生了争吵。在争吵过程中，情绪激动的孙某动手打了钱某。事后，孙某被公安机关处罚，钱某到医院治疗，花去医疗费 1300 多元。钱某要求孙某赔偿自己的医疗费用，孙某认为钱某受的是轻微伤，不可能发生上千元的医疗费用，钱某在借机敲诈自己，拒绝给予赔偿。

钱某向某法院提出诉讼，请求人民法院依法判决孙某赔偿损失。孙某接到法院的应诉通知书后提出异议，认为两人都不在该法院的辖区，钱某之所以到该法院起诉，是因为自己有亲戚在该法院工作，因而要求将案件移送到有管辖权的法院审理。某法院经审查后，裁定将案件移送有管辖权的法院。当案件移送到其他法院后，原法院确定的举证期限已过，孙某向现法院提出重新确定举证期限，以便自己收集证据，证明钱某的医疗费用不是因伤情而支出的，不应当由自己承担赔偿责任。

【要点】

本案反映的是案件发生管辖移送后举证期限如何确定的问题。

【评析】

在本案中，当事人对人民法院的管辖权提出了异议。人民法院经审查后认为异议成立，将案件移送给了有管辖权的法院。案件移送后，由于原法院指定的举证期限已过，当事人请求人民法院重新指定举证期限，以便自己有时间收集证据。在这种情况下，当事人的申请能否得到人民法院的认可呢?

对于这个问题，有几种不同的观点：（1）认为在当事人对人民法院的管辖权提出异议的情况下，人民法院应当先对当事人的异议进行审查，待管辖权确定之后，再由有管辖权的人民法院为当事人指定举证期限。因为只有有管辖权的人民法院才有权力确定当事人的诉讼权利和义务。在管辖权不确定的情况下，人民法院为当事人指定举证期限缺乏合法前提。（2）认为一旦当事人对人民法院的管辖权提出异议，人民法院指定的举证期限中止，在对当事人的异议进行审查，重新确定管辖权之后，举证期限继续计算。（3）管辖权异议不影响当事人行使其举证权利，履行其举证义务，人民法院为当事人指定的举证期限应当继续计算。（4）认为当事人对人民法院的管辖权提出异议的，应当视人民法院对异议的审查、裁定情况再对举证期限问题分别作出处理：如果人民法院经审查后认为当事人

的管辖权异议不成立，裁定驳回当事人的管辖权异议，原来指定的举证期限有效，当事人应当按照该期限承担举证义务；如果经审查后，当事人的管辖权异议成立，案件移送给有管辖权的人民法院审理，接受移送的人民法院认为有必要，可以重新为当事人指定举证期限。

设立举证期限制度的目的就是为了督促当事人积极履行举证义务，防止当事人拖延诉讼。按照第一种观点，在管辖权确定之后再重新确定举证期限，就会给部分当事人借管辖权问题拖延诉讼之机，违背了设立举证时限制度的初衷。按照第二种观点，认为在当事人对人民法院的管辖权提出异议的情况下，举证时限中止。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》）第33条第2款规定："举证期限可以由当事人协商一致，并经人民法院认可。"根据上述司法解释的规定，举证时限可以由当事人协商。这与由法律明确规定的不以当事人的意志为转移的诉讼时效有着本质的差别。因此，按照法律规定适用于诉讼时效的中止、中断等规定，不能套用在举证时限上。按照第三种观点，当事人提出管辖权异议对举证时限不发生影响，一旦当事人的管辖权异议成立，在案件移送有管辖权的人民法院的过程中，当事人就会面临举证困难，如应当向哪个法院举证的问题。由此看来，第四种观点比较合理和可行。也就是说，当事人对人民法院的管辖权提出异议后，人民法院对当事人的异议进行审查，如果认为当事人的管辖权异议不成立，人民法院就会驳回当事人的异议，即使当事人对人民法院的裁定不服，向上级人民法院提出上诉，在上级人民法院还未作出裁定前，原审人民法院仍然可以接受当事人提交的证据。在这种情况下，当事人应当按照人民法院指定的举证期限举证。如果原来指定的举证期限不能满足当事人的举证需要，按照《证据规定》第36条的规定，"当事人在举证期限内提交证据材料确有困难的，应当在举证期限内向人民法院申请延期举证，经人民法院准许，可以适当延长举证期限。当事人在延长的举证期限内提交证据材料仍有困难的，可以再次提出延期申请，是否准许由人民法院决定"，当事人可以申请

延长举证期限。如果人民法院认为当事人提出的管辖权异议成立，将案件移送给有管辖权的人民法院管辖，接受移送的人民法院在认为有必要的情况下，可以重新指定举证期限。

在本案中，钱某不是向两人住所地的人民法院起诉，而是向辖区以外的其他法院起诉，目的是为了借助于自己的关系赢得诉讼。为此，孙某向人民法院提出了管辖权异议，人民法院经审查后认为该异议成立，将案件移送有管辖权的人民法院。由于管辖权问题，影响了孙某在原人民法院指定的举证期限内搜集和向人民法院提供证据。因此，接受移送的人民法院有必要重新指定举证期限，以保障孙某行使其举证权利。

19. 在由简易程序转为普通程序的案件中，举证期限如何确定?

【案情】

2004年6月某日，某企业职工张某下班后兴致勃勃地赶往同事家，参加同事的生日聚会。当张某骑自行车经过某路口事，被一辆同方向驶来的大货车刮倒，身体多处受伤。张某住院治疗1个多月，花去医疗费用8000多元。经公安机关认定，大货车车主对此次交通事故负全部责任。由于双方就赔偿事宜协商未果，张某向人民法院提起诉讼，要求车主边某赔偿自己的医疗费、误工费、护理费等损失共计15000元。由于本案事实清楚，法律关系简单，人民法院裁定适用简易程序审理该案，并在向张某和边某送达案件受理通知书和应诉通知书的同时，送达了举证通知书，要求其在接到受理通知书和应诉通知书的次日起15日内向人民法院提交证据。但在审理中发现，肇事车辆不属于边某一人所有，而是由边某、童某、王某3人共有。人民法院根据案情的发展，决定追加童某和王某为本案的共同被告，同时裁定本案由简易程序转为普通程序审理。

【要点】

本案反映的是由简易程序转为普通程序后，举证期限应当如何

确定的问题。

【评析】

在民事诉讼中，适用简易程序审理的案件与适用普通程序审理的案件在诉讼程序上有很大的不同。例如，在简易程序中，当事人可以口头起诉，在普通程序中，当事人必须提交书面的起诉状；适用简易程序审理的民事案件，当事人双方可以同时到基层人民法院或者它派出的法庭，请求解决纠纷，基层人民法院或者它派出的法庭可以当即审理，也可以另定日期审理，适用普通程序的民事案件，必须经过立案、庭审前的准备等一系列法定程序；简易程序的案件由审判员一人独任审理，普通程序的案件则需要组成合议庭；人民法院适用简易程序审理案件，应当在立案之日起3个月内审结，人民法院适用普通程序审理的案件，应当在立案之日起6个月内审结。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第170条规定："适用简易程序审理的案件，审理期限不得延长。在审理过程中，发现案情复杂，需要转为普通程序审理的，可以转为普通程序，由合议庭进行审理，并及时通知双方当事人。审理期限从立案的次日起计算。"最高人民法院《关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》第2条规定："基层人民法院适用第一审普通程序审理的民事案件，当事人各方自愿选择适用简易程序，经人民法院审查同意的，可以适用简易程序进行审理。人民法院不得违反当事人自愿原则，将普通程序转为简易程序。"第3条规定："当事人就适用简易程序提出异议，人民法院认为异议成立的，或者人民法院在审理过程中发现不宜适用简易程序的，应当将案件转入普通程序审理。"在普通程序和在简易程序中，人民法院为当事人指定的举证期限是不同的：最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》）第33条第3款规定："由人民法院指定举证期限的，指定的期限不得少于三十日，自当事人收到案件受理通知书和应诉通知书的次日起计算。"这是适用普通程序审理民事案件的举证期限。《证据规定》第81条同时规定："人民法院适用

简易程序审理案件，不受本解释中第三十二条、第三十三条第三款和第七十九条规定的限制。”这里便涉及到在由简易程序转为普通程序时，举证期限应当如何确定的问题。

当前，在司法实践中主要有以下几种做法：(1) 案件由简易程序转为普通程序后，在简易程序中已指定的举证期限的基础上补足30日。理由是根据《证据规定》，适用普通程序审理的案件的举证期限不得少于30日，案件由简易程序转为普通程序审理后，应当按照司法解释的规定，将举证期限在原来的基础上补足30日，以保障当事人依法享有的诉讼权利。(2) 重新指定为30日。理由是简易程序与普通程序是完全不同的两种民事诉讼程序，两者在审理程序和审判组织形式上有着显著的差异。在案件由简易程序转为普通程序后，应当按照《证据规定》，重新为当事人指定30日的举证期限。(3) 案件由简易程序转为普通程序后，在举证期限的问题上，应当区别不同的情况分别对待：如果当事人的举证行为已经完成，则诉讼程序的转换与举证期限之间没有必然的联系，就没有必要再为当事人重新指定举证期限；如果当事人的举证行为没有完成，已经提供的证据不足以支持其主张的事实或者当事人有新的证据需要提供，则需要再为当事人指定一定的举证期限。这三种做法都有各自的理由。同时，根据《证据规定》第33条第2款的规定，“举证期限可以由当事人协商一致，并经人民法院认可。”因此，在诉讼程序转换后，可以由当事人对举证期限问题进行协商。在当事人未能协商一致或者协商的结果未得到人民法院认可的情况下，人民法院必须为当事人确定举证期限。确定举证期限时，应当区别不同的情况分别处理：(1) 在案件由简易程序转为普通程序时，原来指定的举证期限已经届满。按照司法解释的规定，人民法院在普通程序中为当事人指定的举证期限不得少于30日。因此，人民法院应当在原来指定的举证期限的基础上重新为当事人指定一定的举证期限，前后举证期限相加不得少于30日。(2) 案件由简易程序转为普通程序时，原来指定的举证期限尚未届满。在这种情况下，由于诉讼程序的转换发生在原来指定的举证期限内，因此，只需要将原来指定的举证期

限延长至30日。

结合以上分析，在本案中，由于张某和边某在原来适用的简易程序中已经享有了15日的举证期限。如果该举证期限尚未届满，应当延长至30日；如果已经届满，人民法院需要为其重新指定举证期限，在原来举证期限的基础上补足30日。童某和王某则应当按照规定享有为其指定的30日的举证期限。

20. 如何对证据的关联性进行质证？

【案情】

庄某与某集团公司签订了承包合同，承包该公司下属的某食品加工厂。合同约定：承包期自2004年1月至2008年1月。承包金为50000元/年。任何一方违约，应当支付相当于1年承包金的违约金。2004年3月，庄某向某集团公司缴纳了第一年的部分承包金3万元。2004年8月，由于连降暴雨，食品加工厂的部分厂房进水，机械设备和原材料受到雨水浸泡。庄某以无法继续生产为由要求解除承包合同并免除违约金。某集团公司不同意解除承包合同，并组织人员对厂房和设备进行了加固和维修。双方协商未果，庄某向人民法院提起诉讼，并提交了反映厂房进水和机械设备和原材料受到雨水浸泡的照片以及工人的证言若干份。某集团公司认为，虽然食品加工厂在暴雨中受灾，但经过积极抢修，已经恢复了生产条件。庄某以无法继续生产为由要求解除合同，与事实不符。某集团公司提起反诉，要求庄某支付拖欠的2004年度承包金2万元。针对某集团公司的反诉，庄某提出：2003年9月，食品加工厂的部分原材料和产品被董某毁损。2004年4月，董某向某集团公司缴纳了赔偿款22000元。该笔赔偿款应当抵偿未支付的2004年度承包金。为此，庄某向法庭提交了某集团公司收取赔偿款的收据一份。

【要点】

本案所反映的是证据的关联性以及如何对证据的关联性进行质

证的问题。

【评析】

所谓证据的关联性，是指证据必须与需要证明的案件事实或者其他争议事实具有一定的联系。这种联系要对证明案件事实具有实质性的意义，要有“证明性”，即该证据的使用对证明案件事实有确实的帮助。[①] 证据关联性具有以下两个方面的含义：

1. 证据必须与案件事实有着某种联系，能起到证明案件事实的作用

客观存在的事实很多，但只有那些与案件事实有联系，并可借助这种联系来证明案件真实情况的事实，才可以作为证据使用。诉讼证据与案件事实的关联性可以从这样几个方面来理解：第一，证据与案件事实在法律范围内具有相关性，即证据具有法律性。证据的关联性是由证据自身和处理案件所适用的法律规范，以及与这种规范相联系的待证事实联合决定的。审查民事证据的关联性，最根本的一点就是要确认其与案件的处理具有法律意义上的事实关联。第二，证据必须与诉讼中的待证事实相关联，能够为待证事实提供证明情况的依据。待证事实是为使案件得到正确的法律解决而应当在诉讼中予以确定的事实，其范围依处理案件要适用的法律规范以及与此相关联的案件的争执焦点来决定。如本案在审理中确定的待证事实为：庄某承包的食品加工厂在经过维修后是否具备了继续生产的条件以及庄某是否拖欠2004年度的部分承包金。当事人双方应当围绕这两个问题提供足以支持自己主张的证据。案件事实是待证事实的主要部分，一般来说，待证事实的范围要比案件事实的范围广。由于诉讼中应予判明的待证事实主要是案件事实，所以证据的关联性主要是指证据与案件事实的关联性。第三，证据关联性可以从其与待证事实之间属于逻辑上的关联或者事实上的关联来分析，以正确把握证据的实质。逻辑上的关联性是指证据在逻辑上可以推

---

① 何家弘主编：《新编证据法学》，法律出版社2000年版，第107页。

论待证事实如何或可能如何的性质，它是证据与待证事实逻辑上的抽象关联。事实上的关联性是指证据与待证事实有现实的联系。它包含两个条件：一是证据事实确实存在；二是证据事实与待证事实的确有现实的联系，这种联系足以表明或者排斥待证事实的存在。逻辑上的关联未必就是事实上的关联，但事实上的关联必然表现为逻辑上的关联。第四，证据的关联性可以从其与待证事实之间是肯定关联还是否定关联来分析。肯定关联是指证据与待证事实有肯定的联系，或者在逻辑上可推论待证事实存在或可能存在，或者在事实以其自身的存在表明待证事实存在或者一部分存在。否定关联是指证据与待证事实有否定的联系，或者在逻辑上可推论待证事实不存在或可能不存在，或者在事实上以其自身的存在排斥待证事实的存在。

2. 证据之间必须存在相互印证、相互说明的关系

即证据之间的联系必须具有一致性，这样才可以用来证明案件事实。由于证据并不都是直接证据，案件事实往往不是一个证据就可以证明的，因此，只有从证据之间的联系中来审查判断证据，才能甄别真伪，确定证据的证明力。一个证据必须同其他证据加以对照、印证，进行综合分析，如果所有的证据协调一致地指向同一事实，则可以认定该证据为真。如分析当事人的陈述之间、当事人陈述与证人证言之间、不同证人的证言之间有无矛盾，分析这些言词证据与物证、书证、鉴定结论、视听资料、勘验笔录相互之间有无矛盾，并把经过质证的全部证据与案件事实联系起来进行认定。总之，所有的证据应当形成一条完整的证据链条，法官可以据此形成正确的心证，认定的事实可以最大限度地接近客观真实。①

证据的关联性决定了证据的证据力和证明力。所谓证据力，又称证据能力，是指证据在法律上可以作为定案根据的资格和条件，它涉及某种材料是否可以作为证据提供给法庭调查。② 缺乏证据力意

---

① 齐树洁、王振志主编：《证据法案例精解》，厦门大学出版社 2004 年版，第 233～234 页。

② 樊崇义主编：《证据法学》，法律出版社 2001 年版，第 46 页。

味着要被从证据中排除，此时便不存在法庭采信的问题，更没有证明力大小的问题。一般来说，没有关联性的证据就没有证据力，法庭不会予以调查。在本案中，针对某集团公司的反诉，庄某提出：2003年9月，食品加工厂的部分原材料和产品被董某毁损。2004年4月，董某向某集团公司缴纳了赔偿款22000元。该笔赔偿款应当抵偿未支付的2004年度承包金。为此，庄某向法庭提交了某集团公司收取赔偿款的收据一份。庄某是从2004年1月起承包某食品加工厂的，而董某毁损食品加工厂的原材料和产品发生在庄某承包该加工厂之前。受到毁损的财产并不是庄某的财产，针对该财产的赔偿也与庄某无关。庄某要求以该笔赔偿金抵偿拖欠的2004年度部分承包金显然是没有依据的。因此，庄某提供的某集团公司收取赔偿款的收据与案件本身没有关联性，依法不具备证明力，应当予以排除。证明力是指证据实质上的证明效力和对判明案件待证事实的影响力。作为证据，其首先必须与案件事实具有紧密联系才能表达证据关联性的基本要求，而证据与案件事实的联系程度不同，其证明力便会有所不同。关联性越强，证明力就越大；反之，证明力就越小。在本案中，庄某向人民法院提交了反映厂房进水和机械设备和原材料受到雨水浸泡的照片以及工人的证言若干份。该证据与案件的待证事实之间存在一定关联，但联系的紧密程度不大，只能证明厂房进水和机械设备和原材料受到雨水浸泡，而无法证明加工厂失去了继续生产的条件。况且，某集团公司已经对加工厂的厂房和设备等进行了抢修。在这种情况下，庄某提交的证据不足以证明其主张的事实。按照最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第2条“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果”的规定，庄某应当承担不利的诉讼后果，依法驳回其诉讼请求。

21. 与一方当事人有利害关系的证人出具证言，能否单独作为认定事实的依据?[①]

【案情】

1999年1月18日，中国科技国际信托投资有限责任公司（以下简称中科信公司）与地雅投资管理集团有限公司（以下简称地雅集团）签订（99）年科字第XT9901018号《人民币资金借款合同》（以下简称《借款合同》），约定：中科信公司向地雅集团发放借款1880万元，用途是流动资金；利率是5.1%，期限自1999年1月18日至1999年4月18日；地雅集团应在借款期限内归还全部借款本息；本合同项下借款本息，由取得中科信公司认可的担保人以保证或（和）抵押的方式提供担保，并另行签订《保证合同》或（和）《抵押合同》，作为本合同的附件和本合同生效的前提条件；对逾期归还的贷款按银行规定加收20%的利息等其他内容。同日，地雅集团、中科信公司和海南北服实业发展公司（以下简称北服公司）签订（99）年科字第XT9901018号《保证合同》，约定：北服公司愿意为中科信公司与地雅集团签订的（99）年科字第XT9901018号合同提供担保。保证金额为地雅集团根据（99）年科字第XT9901018号合同向中科信公司借用的人民币资金本金1880万元整及其相应的利息、费用；北服公司对上述所列款项承担连带清偿责任；保证期间为按合同约定的借款期限届满日或展期合同届满日后的2年止等内容。1999年1月18日，中科信公司向地雅集团发出放款通知单，期限变更为1999年1月20日至1999年4月20日。1999年1月20日，中科信公司通过转账方式向地雅集团发放贷款1880万元。

贷款到期后，地雅集团、北服公司未按合同约定偿还本金和利息。中科信公司诉至法院，请求判令：（1）地雅集团、北服公司偿还中科信公司借款本金1880万元；（2）地雅集团、北服公司偿还中

---

① 《北京法院指导案例》第39期。

科信公司自借款之日起至还清之日止的利息和违约金；（3）地雅集团、北服公司承担本案诉讼费用。

地雅集团辩称，地雅集团收到中科信公司1880万元借款后，即于当日让北京地雅开发公司（以下简称地雅开发公司）分别用金额为300万元、280万元、500万元、500万元、300万元的5张支票，合计1880万元代为偿还给了中科信公司，故应驳回中科信公司的诉讼请求。为此，地雅集团提交了北京地雅开发公司于2002年1月18日出具的代付款证明，华成公司总经理郭国平的证人证言，以及地雅集团、北京地雅开发公司、华成公司的内部付款凭证。

北服公司同意地雅集团答辩意见，并辩称中科信公司在实际履行借款过程中变更了借款期限，使北服公司在保证合同中所承诺的保证借款期限发生变更。在未经北服公司同意的情况下，北服公司依约应免除保证义务。北服公司提交证据与地雅集团相同，证明目的亦相同。

中科信公司为证明北京地雅开发公司的还款1880万元与本案无关，举证证明中科信公司与华成公司存在五份《借款合同》，数额总计1880万元。此5份《借款合同》的贷款应华成公司的要求，直接划至北京地雅开发公司的122088－71账号。同时，中科信公司提供证据显示华成公司为地雅集团股东，地雅集团为北京地雅开发公司的控股公司，出资比例为51%；而华成公司占97%股份的股东为张志利，同时是1997年向中科信公司贷款5份共计1880万元的华成公司和1999年向中科信公司贷款1880万元地雅集团的法定代表人。

一审法院经审理认为，中科信公司与地雅集团签订的借款合同是双方当事人真实意思表示，未悖国家法律、法规的强制性规定，合法有效。双方当事人均应恪守履行。中科信公司依约放贷和收贷，其权利应受到法律保护。地雅集团已提交北京地雅开发公司的代还款说明及地雅开发公司还款1880万元至中科信公司的银行对账单，金额与涉案《借款合同》项下本金相吻合。证明1880万元还款与偿还涉案《借款合同》贷款本金有关联性。中科信公司认可北京地雅开发公司还款是替华成公司还款，却未能提供任何北京地雅开发公

司的相关协议书、委托书或其他文字证明，且被华成公司反驳。华成公司作为案外人，其证言应予确认。故地雅集团已还款证据充分，其主张应予支持。

北服公司关于中科信公司擅自变更借款期限，应免除保证责任的辩称，一审法院认为，主合同发生变化对于保证人所承担保证责任的影响，重点在于是否加重了保证人的责任，是否超出了保证人所承诺的范围。保证人对加重其保证责任的部分不承担责任，才是公平合理的。中科信公司在放款通知单上变更借款期限，应视为对主合同即《借款合同》履行期限的变动。延长主合同履行期的，保证责任期间的计算，应以原合同约定的期间为准。故北服公司承担保证义务的范围、方式、期间等内容均应遵守原《保证合同》之约定。北服公司持上述理由请求全面免除保证责任，于法无据。鉴于地雅集团已提前还款（于收到中科信公司贷款当日委托北京地雅开发公司将贷款偿还给了中科信公司），涉案主债务已清偿完毕，《借款合同》项下的权利义务终止。北服公司的保证义务随之终止，应免除相应保证责任。综上所述，一审法院判决：驳回中科信公司的诉讼请求。

一审宣判后，中科信公司不服，提起上诉。

二审法院经审理认为，地雅集团虽提供了北京地雅开发公司的代付款证明、华成公司的证言、地雅集团与北京地雅开发公司的转款收据、转账凭证，但地雅集团是北京地雅开发公司的控股股东，华成公司又是地雅集团的股东，三方之间存在利害关系且证言均为诉讼期间作出，本案1880万元贷款合同的借款人地雅集团的法定代表人与中科信公司与华成公司另5份共计1880万元贷款合同的借款人华成公司的法定代表人均为同一自然人张志利。因此，地雅集团提供的对其有利的证据属于瑕疵证据，且中科信公司予以否认。根据最高人民法院《关于民事证据的若干规定》第69条第2项的规定，与一方当事人或者其代理人有利害关系的证人出具的证言不能单独作为认定案件事实的依据。据此认定中科信公司对此抗辩理由成立，地雅集团提供的证言不能单独作为认定本案的依据。而中科

信公司提供的主要证据为原始的合同、原始的对账单、原始的财务凭证，尽管地雅集团对其大部分的客观真实性不发表意见，但中科信公司提供的证据与案件事实关联紧密，其证明力明显大于地雅集团提供证据的证明力，具有可采性。据此认为，1999 年 1 月 20 日中科信公司收到的北京地雅开发公司的 5 张共计 1880 万元的支票款项系偿还华成公司到期的 5 份贷款合同项下的款项。地雅集团尚欠中科信公司 1880 万元，应履行还款义务。保证人北服公司应在保证合同约定的期限内对地雅集团的债务承担连带责任。中科信公司的上述理由成立，其要求改判的上诉请求应予以支持。原审法院判决认定事实错误，判决驳回中科信公司诉讼请求显属不当，应予改判。根据原《中华人民共和国经济合同法》第 6 条、第 31 条，《中华人民共和国民事诉讼法》第 153 条第 3 项之规定，判决：（1）撤销一审判决；（2）地雅集团偿还中科信公司借款本金 1880 万元及利息；（3）北服公司对上述第二项内容在保证合同约定的期限内承担连带保证责任。

【要点】

本案所反映的是与一方当事人有利害关系的证人证言能否作为认定事实的依据问题。

【评析】

本案经过二审后，最终判决地雅集团败诉，其主要理由在于：

第一，根据最高人民法院《关于民事证据的若干规定》第 69 条第 2 项的规定：与一方当事人或其代理人有利害关系的证人出具的证言不能单独作为认定案件事实的依据。本案中，地雅集团、北京地雅开发公司、华成公司之间存在一定的控股关系，且本案 1880 万元贷款合同的借款人地雅集团的法定代表人与中科信公司与华成公司五份共计 1880 万元贷款合同的借款人华成公司的法定代表人均为同一自然人张志利。上述事实表明作为证人的北京地雅开发公司、华成公司与地雅集团之间确实存在利害关系。因此，地雅集团提供

的证言不能单独作为认定本案的依据。

另外，中科信贷款1880万元给地雅集团，款项是付至地雅集团的账户，但地雅集团所称当天借当天还，其款项并未从收到1880万元的地雅集团的账户中付出，而是通过北京地雅开发公司的账户中分5笔付给中科信公司，对此地雅集团未给予合理解释；且北京地雅开发公司交给中科信公司的5张支票，其出票日期是1999年1月18日，即北京地雅开发公司在地雅集团1999年1月20日收到中科信公司1880万元贷款之前，就已经开出5张支票准备替地雅集团偿还尚未收到的贷款，有悖常理。

第二，民事证据的证明力要求“相对合理性”。最高人民法院《关于民事证据的若干规定》第64条规定，审判人员应当依照法定程序，全面、客观地审核证据，依据法律的规定，遵循法官职业道德，运用逻辑推理和日常生活经验，对证据有无证明力和证明力大小独立进行判断，并公开判断的理由和结果。第73条规定：双方当事人对同一事实分别举出相反的证据，但都没有足够的依据否定对方证据的，人民法院应当结合案件情况，判断一方提供证据的证明力是否明显大于另一方提供证据的证明力，并对证明力较大的证据予以确认。本案中，二审法院在综合比较了中科信公司与地雅集团提交的证据后，认定中科信公司提交的证据更具备证明力，从而支持了其请求。

22. 书证复印件可否作为证据被采信？[①]

【案情】

2002年8月7日，中铁第十八工程局天津物资公司（以下简称天津物资公司）与中铁隧道集团有限公司（以下简称中铁隧道公司）的下属单位北京物资采购站签订了工矿产品购销合同，约定天津物资公司向中铁隧道公司天津市轻轨工程工地供应螺纹钢及盘条，并

① 《北京法院指导案例》第57期。

约定了结算及供货方式，即天津物资公司每次送货均由中铁隧道公司工地材料员按实际收到的吨数出具收条，双方各持1份，月底由天津物资公司业务员持收条与中铁隧道公司的采购站换取发票结帐。合同订立后，天津物资公司依约履行供货义务。期间，天津物资公司不慎将中铁隧道公司的工作人员兰某出具的一张收条（以下简称2号收条）和徐某出具的两张收条（以下分别简称1号收条和3号收条）丢失。3张收条记载的螺纹钢重量总计为164.521吨，总计金额为396715.83元。天津物资公司发现收条丢失后，及时与中铁隧道公司工地的材料员及采购站的相关人员联系，取得了这几笔业务的收条复印件。之后，天津物资公司多次催要货款，但均被拒绝。故提起诉讼，请求法院判令中铁隧道公司偿还所欠货款389947.11元。中铁隧道公司辩称：1号收条是应天津物资公司去厂家催货时出具的，同时，天津物资公司的供货人也给徐某出具了欠条。第二次送货时，双方将收条原件与欠条原件互换后已面对面销毁，故此收条显示的交易行为不存在。3号收条是应天津物资公司要求将该收条的款项累计并入2002年9月28日的收条中，同时将该收条原件交还给徐某本人并当面销毁，故该收条已被另一收条取代，天津物资公司是在重复索要货款。请求法院驳回天津物资公司的诉讼请求。

审理中，天津物资公司认可了2号收条已结算6768.72元，并撤回对本案的各项利息损失请求。

一审法院经审理认为：天津物资公司与中铁隧道公司订立的购销合同系当事人间的真实意思表示，合法有效，依法予以保护。天津物资公司在合同订立后，依约履行了供货义务，中铁隧道公司理应给付全部货款。对中铁隧道公司提出的1号收条是应天津物资公司要求催货出具的，该笔交易并不存在，以及3号收条中的货物已并入2002年9月28日的收条中且已结算的主张，从1、3号收条的形式上看，两张收条虽属复印件，但中铁隧道公司及证人徐某已认可两份收条复印件的内容是由徐某出具的，因此，该复印件具有原件的效力且有相关证据相互印证，能够作为证据证明本案事实；从收条的内容看，两张收条均明确注明收到货物，且开具收条的证人

徐某是本案合同履行期间中铁隧道公司施工工地具体负责收、验货的工作人员，其开具收条的行为是代表中铁隧道公司的职务行为，应当具有法律效力。同时，对1号收条，中铁隧道公司对徐某提出开具收条是应天津物资公司催货的要求出具的理由，并未提出相关证据证实，而天津物资公司提供的王某某等人的证言及其他相关证据能够证实该笔交易存在。对3号收条，中铁隧道公司提供的2002年9月28日的收条与天津物资公司提供的3号收条中螺纹钢的价格并不一致，如果合并计算，中铁隧道公司无形中每吨损失20元，合计损失为409.12元，仅仅为了合并结算就损失几百元，不符合商业往来的目的，且中铁隧道公司也未提出其他证据证实该事实的存在，故对中铁隧道公司针对1、3号收条的辩解不予认定。对中铁隧道公司提出的2号收条中的货款已给付6768.72元，及在该笔结算中双方均有过失，不应支付利息的主张，由于天津物资公司在庭审中已放弃要求给付各项利息损失的请求，并认可该笔交易中已结算了6768.72元，故对中铁隧道公司的上述主张予以支持。综上，中铁隧道公司应对拖欠天津物资公司的货款负有给付义务。故判决中铁隧道公司给付天津物资公司货款389947.11元。

一审判决后，中铁隧道公司不服，提起上诉。认为中铁隧道公司没有给天津物资公司提供涉案的3张收条复印件，一审法院认定事实不清。

二审法院经审理认为：天津物资公司与中铁隧道公司签订的购销合同，系双方当事人的真实意思表示，故合法有效，依法应予保护。根据双方的约定，按实际供货数量进行结算，确定供货数量的方式是天津物资公司每次送货到中铁隧道公司工地后，由中铁隧道公司的材料员按收到货物的吨数和规格出具收条，双方各持一份，并以此作为结算的依据。在合同履行期间，中铁隧道公司的工地材料员徐某根据天津物资公司每次供货的实际情况，向其出具收条。在2002年9月10日、27日，徐某分别向天津物资公司出具了1号和3号两份收条，该两份收条均记明出条的当日收到了天津物资公司螺纹钢及所收螺纹钢的规格、吨数和单价。中铁隧道公司上诉称，

1号收条是应天津物资公司要求催货时出具的，纯属虚拟交易。而3号收条中的钢材并入2002年9月28日的收条中，已经一并予以结算了。但由于中铁隧道公司就1号收条的上诉主张未能提交相应的证据，其所提交的9月28日收条中，并未有3号收条所记载的同种规格、单价的螺纹钢，不能证明3号收条中的钢材已并入9月28日收条中，且2003年11月13日，天津市人民检察院第二分院向徐某询问时，徐某承认1、3号收条上的钢材，中铁隧道公司已收到，故中铁隧道公司的上诉理由证据不足，不予采信。据此，二审法院判决驳回上诉，维持原判。

【要点】

本案所反映的是书证复印件可否作为证据被采信的问题。

【评析】

本案系买卖合同纠纷，双方当事人争议的焦点在于涉案的1、3号收条中所显示的交易行为是否实际存在。由于证明该事实的直接证据即两张收条的原件已丢失，天津物资公司只能提供相应的复印件。在无法与原件核对的情况下，收条复印件能否作为证据提供，这在我国的证据规则中并没有明确的规定。鉴于我国法律并没有此规定，而该收条复印件又是极为关键的证据材料，其证明效力如何认定，直接关系到本案的最终判决结果。

本案所涉的两张收条具备我国民事证据中书证的构成条件，应属于书证的一种。我国《民事诉讼法》第68条规定，书证应当提交原件，提交原件确有困难的，可以提交复制品、照片、副本、节录本。在这一规定中，书证原件优先的原则得到了充分体现。书证原件优先规则存在的基础是，法律认为原始书证更具有可信性，因此法律规定双方当事人对书证中所载的内容发生争议时，应优先提供原始文书。最高人民法院《证据规定》第10条规定："当事人向人民法院提供证据，应当提供原件或者原物。如需自己保存证据原件、原物或者提供原件、原物确有困难的，可以提供经人民法院核对无

异的复印件或者复制品。”由此可见，我国立法在肯定原件优先原则的前提下，严格限定了提交复印件的情形，即当事人需保存原件或提供原件确有困难且经人民法院核对无异才可以提供复印件。

本案中，天津物资公司提交的1、3号收条虽然是复印件，但中铁隧道公司的工地材料员徐某当庭认可本人曾出具过该两份收条。依照双方合同的约定，中铁隧道公司工地材料员按实际收到天津物资公司供应的货物吨数出具收条。徐某出具收条的行为，表明中铁隧道公司收到了天津物资公司供应的相应货物；合同还约定，收条双方各持1份，作为月底结账依据。中铁隧道公司职工蔡某也当庭证实天津物资公司在发现收条丢失后，及时与中铁隧道公司工地的材料员及采购站的相关人员联系，取得了这几笔业务的收条复印件。根据上述的证人证言，可证明天津物资公司所提交的复印件，是由中铁隧道公司所持有的收条的原件复制而来的。因此，笔者认为，1、3号收条形式上虽属复印件，且无法与原件进行核对，但从收条复印件的形式及内容、双方当事人约定的结算方式以及结合其他相关证据，应当确认复印件的内容是真实的，具有原件的效力，可以作为证据证明本案的事实。法院的判决是正确的。

23. 可否运用逻辑推理方法对证据进行认证？[①]

【案情】

原告陈某。被告王某。2004年4月22日，陈某在王某经营的柜台购买松下牌热水器两台、太太牌213A型抽油烟机、4218A型燃气灶、110A型电子保洁柜各一台，其中太太牌厨具货款总额为3100元。陈某交付热水器定金100元、厨具定金200元。王某为陈某出具“太太”系列厨卫电器（带货）安装单，安装单中“预收定金”栏写明200元，“安装工收余款”栏写明2900元。2004年6月19日，陈某退两台热水器，王某将热水器定金100元转入厨具定金中。

① 《北京法院指导案例》第44期。

王某雇佣的人员彭某在陈某持有的原厨具安装单上“预收定金”及“安装工收余款”处写有“代收2800元”，并签字。同年7月15日王某派安装工人安装厨具时，双方对陈某是否全部交纳货款问题发生争执，安装工人报警后，北京市公安局大兴分局亦庄派出所将厨具暂存。陈某认为王某的行为致使其家庭装修不能如期进行，依法提起诉讼，请求法院判令王某返还其货款3100元并赔偿装修误工费1050元。

王某辩称，陈某所述不是事实。当时她没有收到陈某的钱，陈某提交的手续也只是一个安装单，不是结款证明。如果其收全款应当给其开具正式发票。其为陈某退“松下”热水器定金时没有将钱退还陈某，而是将100元定金折到厨具里，所以其工作人员在安装单上写明由工人代收的钱为2800元，并应陈某的要求在上面签名。该安装单在工人安装后应收回，不是收款的证明。

法院经审理认为：陈某对自己提出的主张有责任提供证据。其在王某处购买热水器及厨具后交纳定金300元，陈某在退热水器定金时，王某将100元热水器定金转为厨具定金。王某的工作人员彭某在安装单上的原“安装工收余款”2900元处写有“代收2800元”字样，并签字。现双方对代收人身份产生歧义：陈某认为王某代安装工人收取货款，而王某认为安装工为代收货款人。按买卖交易习惯，消费者付清货款后，经营者应为其出具收据或发票。而按（带货）安装交易习惯，安装工人安装后代销售人员代收货款，同时为消费者提供相应的收据或发票。因此，彭某写有的“代收”字样应理解为其向安装工人代收货款数额发生改变的明示，即货款由2900元变为2800元。现陈某未能提交其交纳全部货款的收据或发票，故陈某仅以标有“代收”字样的安装单作为给付货款的证据，该证据有瑕疵。为此，法院判决驳回陈某要求王某退还货款3100元的诉讼请求。判决送达后，双方当事人均未上诉。

【要点】

本案所反映的是采用逻辑推理方法认定案件事实的问题。

【评析】

从判决结果上看，陈某败诉系因证据瑕疵造成。实际上在审理过程中，由于陈某提交的“安装单”上收款部分内容含糊，不能直接证明双方争议的事实，在此情况下，法官根据陈某提供的证据和案件的实际情况，采用了一系列逻辑推理的方法，最后推定被告王某陈述的事实成立。法官主要进行了以下推理过程。（1）公民在购买大件商品时，如交齐货款索要相应发票才是符合交易习惯的。而本案陈某交纳3100元货款却未索要相应发票，明显违背常理。该推理过程可以用逻辑推理的形式表达为：按常理，大宗交易过程中应当持有相应交付票据，但陈某交纳钱款，却无任何交费凭证不符合常理。（2）对安装单中显示的“代收”字样的解释的推理。如按陈某所述此处代收系表明王某代安装工人收取货款；但按交易习惯收到货款应表述为“已收”或“结清”等，而仅以“代收”表明其交纳货款，这是违背常理和交易习惯的。该推理过程可以表达为：凡违背交易习惯的解释理由都不能成立，陈某关于“代收”的解释违背常理和交易习惯，所以其解释理由不能成立。（3）陈某虽称已交纳货款，但却不能对安装单的存在作出合理解释。按（带货）安装交易习惯，安装工人安装后代销售人员代收货款后，要为消费者提供相应的收据或发票，同时收回安装单。因此安装单不得作为交纳货款的凭证。因为该推理过程可表达为：不符合常理的事实，如果能有合理解释也可以成立，陈某不能对不合常理的事实作出合理解释，所以其主张的事实不能成立。在经过一系列推理之后，法官认定陈某未能提交其交纳全部货款的收据或发票，故陈某仅以标有“代收”字样的安装单作为给付货款的证据，该证据有瑕疵。故驳回了陈某的诉讼请求。

24. 当事人提交虚假证据，应当如何处理？[1]

【案情】

《高三一轮复习指导与测试》丛书英语分册（以下简称《英语分册》）于2003年6月由某出版社出版发行。霍某分别与该书主编和副主编签订著作权权属协议，获得了除署名权之外的其他著作权权益。

《金榜夺魁》高考总复习英语一书由某出版社于2004年3月出版发行。某出版社是某报社的下属部门，不具有独立的民事诉讼主体资格。《金榜夺魁》在整个体例上采用的图表讲解配合真题练习的方式与《英语分册》相同。

霍某认为，《金榜夺魁》的大量内容剽窃了《英语分册》，甚至将错误也原版照录下来。由于某出版社是某报社的下属部门，某出版社的侵权行为应当由某报社承担责任。故请求法院判令被告某报社：（1）停止发行《金榜夺魁》侵权图书；（2）在《河北日报》上公开赔礼道歉；（3）赔偿经济损失50万元。

某报社辩称，本社早在2001年就出版了《名师思维》一书，《金榜夺魁》是参考了该书的内容，与《英语分册》的相同之处均来源于公共领域，并非霍某所独创；其出版的图书与《英语分册》相同部分仅仅有一小部分相同；霍某的损害赔偿请求没有根据。故不同意其诉讼请求。

为此，某报社提交了《名师思维》（高三英语）一书，主张该书于2001年由其出版发行，霍某的《英语分册》部分内容与该书相同。霍某提交了封面有些破损但同样封面标注《名师思维》（高三英语）的图书。经过庭审对比，该书与某报社提交的《名师思维》（高三英语）CIP数据、出版书号、出版时间、字数、印数等数据均相同，但从体例编排到内容的选择有明显的区别。某报社认可其提交的《名师思维》（高三英语）一书由于没有库存，故不清楚提交

---

[1] 《北京法院指导案例》第48期。

给一审法院的《名师思维》（高三英语）与2001年正式出版的《名师思维》（高三英语）是否一样。

一审法院经审理认为，《金榜夺魁》在整个体例上采取图表讲解配合真题练习的方式，其图表部分采用与《英语分册》相同的语法分类、体例结构以及例示等表达方式，是对《英语分册》的复制。《金榜夺魁》未经著作权人许可出版和发行，属于侵权出版物，侵权责任应当由某报社承担。某报社主张在早于《英语分册》出版之前出版了《名师思维》（高三英语），意在抗辩《金榜夺魁》具有合理的来源。但某报社提交的《名师思维》（高三英语）的真实性不能确认，故其抗辩主张不能采信。本案赔偿数额根据多方因素确定。在著作权侵权案件中，赔礼道歉是侵犯了著作权人的人身权利时而应当承担的责任方式。霍某并没有基于与《英语分册》的作者签订协议而取得署名权，因此，对其主张某报社应当承担赔礼道歉的诉讼请求，不予支持。一审法院依照《著作权法》第14条、第17条、第47条第1款第（1）项、第48条第1款之规定，判决：（1）某报社立即停止出版、发行《金榜夺魁》一书；（2）某报社赔偿霍某228902元；（3）驳回霍某其他诉讼请求。

因某报社在诉讼期间提交《名师思维》（高三英语）这一虚假证据，一审法院作出《民事制裁决定书》，对某报社罚款3万元。

某报社不服一审判决，提起上诉。理由是：原审判决没有查明《英语分册》是否为某出版社的合法出版物，因此认定霍某主张的标的物应该受法律保护缺乏事实依据；认定两本书相同的内容是霍某独创缺乏证据支持，两书在编排体例上存在不少差异，特别是语法定义的表述，是属于公共领域的内容，双方所选用的题目也有许多出自同一来源；确定的赔偿数额过高。同时，某报社对《民事制裁决定书》提出复议申请。

二审法院经审理认为：一审判决认定事实清楚，适用法律正确，依据《民事诉讼法》第153条第1款第（1）项的规定，判决驳回上诉，维持原判。对于某报社对《民事制裁决定书》提出的复议申请，二审法院认为，某报社提交的《名师思维》（高三英语）一书，并

非其在2001年出版发行的同名图书，在其明知该书内容不具有真实性的情况下，仍作为重要证据向法院提交，并在一审庭审过程中坚持自己的主张，其主观故意明显，妨碍了法院对案件的审理，一审法院对其作出的罚款决定并无不当，应予维持。依据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第121条的规定，判定驳回申请，维持原决定。

【要点】

本案所反映的是对当事人提交虚假证据应如何处理的问题。

【评析】

在民事诉讼中，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。当事人或诉讼参加人提供虚假证据，人民法院可以根据情节轻重予以民事制裁。

本案中，某报社向一审法院提交了《名师思维》一书，经一审法院审查，霍某提交的《名师思维》（高三英语）与某报社提交的《名师思维》（高三英语）CIP数据、出版书号、出版时间、字数、印数等数据均相同，但从体例编排到内容的选择有明显的区别。某报社认可其提交的《名师思维》（高三英语）由于没有库存，故不清楚提交给一审法院的《名师思维》（高三英语）与2001年正式出版的《名师思维》（高三英语）是否一样。因此，某报社提交的《名师思维》（高三英语）应认定为虚假证据，其行为违反了《民事诉讼法》及有关民事证据方面的司法解释，应根据我国《民事诉讼法》第102条第1款第（1）项的规定予以民事制裁。

25. 当事人超出举证期限提交的证据，是否一律无效？

【案情】

戈某与马某是多年的老朋友。2004年9月，戈某因病去世。戈某的妻子袁某要求马某归还其向戈某生前的借款10000元。马某对

借款一事予以否认。2005 年 3 月，袁某向人民法院提起诉讼，要求马某履行还款义务。人民法院受理该案后，在向袁某送达立案通知书的同时，为袁某指定了 30 日的举证期限。在举证期限内，袁某向人民法院提交了两份证人证言，除此之外未提交其他证据。在开庭审理的过程中，袁某又提出了新的证据：马某在戈某逝世前出具的一份借条，称自己先前不知道该借条的存在，是在整理戈某的遗物时才发现的。

【要点】

本案反映的是当事人超出举证期限提交证据能否作为人民法院认定案件事实的依据的问题。

【评析】

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》）第 34 条规定："当事人应当在举证期限内向人民法院提交证据材料，当事人在举证期限内不提交的，视为放弃举证权利。对于当事人逾期提交的证据材料，人民法院审理时不组织质证。但对方当事人同意质证的除外。"第 47 条第 1 款规定："证据应当在法庭上出示，由当事人质证。未经质证的证据，不能作为认定案件事实的依据。"根据上述司法解释的规定，当事人超出人民法院指定的举证期限提交的证据是不能作为有效的证据使用的，人民法院不能将其作为认定案件事实的依据。这在证据法上称之为"证据失权"。但是，造成当事人逾期提交证据的原因是多方面的，如果对当事人超出举证期限提交的证据一概认定为无效，显然是不公平的，违背了法律追求正义的目的。根据《证据规定》，证据失权有几种例外，也就是说，在这几种情况下，当事人提交的证据虽然超出了人民法院指定的举证期限，但人民法院仍然会组织质证，该证据经过质证，可以作为认定案件事实的依据。这主要是指下述几种情况：

第一，当事人超出举证期限提交的证据，对方当事人同意质证。

我国《民事诉讼法》第 13 条规定:“当事人有权在法律规定的范围内处分自己的民事权利和诉讼权利。”如果对方当事人对逾期提交的证据同意进行质证,该证据是可以作为认定案件事实的依据的。

第二,《民事诉讼法》第 125 条第 1 款规定:“当事人在法庭上可以提出新的证据。”《证据规定》第 41 条第 1 项规定:“《民事诉讼法》第一百二十五条第一款规定的‘新的证据’,是指以下情形:(一)一审程序中的新的证据包括:当事人在一审举证期限届满后新发现的证据;当事人确因客观原因无法在举证期限内提供,经人民法院准许,在延长的期限内仍无法提供的证据……”在上述两种情况下,当事人提出的证据虽然不是在举证期限内提出的,但可以作为有效的证据使用,经质证后可以作为人民法院认定案件事实的依据。其中,当事人在举证期限届满后新发现的证据是指:证据材料是在举证期限届满后才形成的或者虽然证据材料在举证期限届满前已经形成,但当事人在通常情况下不能意识到证据材料已经形成。当事人确因客观原因无法在举证期限内提供,经人民法院准许,在延长的期限内仍无法提供的证据也可以作为有效的证据使用,但必须符合以下几个方面的条件:该证据未能在举证期限内提供;未能在举证期限内提供是由于客观原因造成的,不存在主观上的过错;当事人曾在举证期限届满前向人民法院申请延长举证期限并获得了人民法院的准许;在人民法院批准延长的举证期限内仍然无法提供。

第三,《证据规定》第 43 条规定:“当事人举证期限届满后提供的证据不是新的证据的,人民法院不予采纳。当事人经人民法院准许延期举证,但因客观原因未能在准许的期限内提供,且不审理该证据可能导致裁判明显不公的,其提供的证据可视为新的证据。”根据上述司法解释的规定,当事人在举证期限届满后提出的证据可以视为新的证据的条件是:(1)因客观原因在人民法院准许延长的举证期限内仍然无法提供该证据;(2)如果不审理该证据可能导致裁判明显不公正。当事人在一审程序中提供新的证据的,应当在一审开庭前或者开庭审理时提出。

在本案中,袁某向法庭提交的借条是在举证期限届满后提出的。

按照常理，如果袁某实际知道该借条的存在，不可能不在举证期限内向法庭提供。合理的解释只能是马某在戈某逝世前出具的借条袁某并不知情，后来在整理戈某遗物的过程中发现了该借条。虽然袁某向法庭提交该借条时已经超出了举证期限，但该证据可以认定为新的证据，由当事人双方质证，人民法院可以将其作为认定案件事实的依据。

26. 对当事人自认的与己不利的事实，法院能否予以确认？[①]

【案情】

被告王某为期货投资客户。1997 年，被告在山东中慧期货经纪有限公司（以下简称中慧期货经纪公司）开立了交易账户 0602 号。次年初，中慧期货经纪公司并入北京新国大期货经纪有限公司（以下简称新国大期货公司），被告原在中慧期货经纪公司开立的账户继续有效、且名称未予改变。

原、被告于 1997 年自行相识，后陆续交往。1998 年 7 月 7 日，原告经被告游说，将自有资金 5 万元交付被告委托其代为期货投资。被告当即为原告书写收据一张，声明“今收到孙某投入人民币五万元整（现存入账户 0602 内），特此证明”，并在收据下方签字确认。但双方未曾签订书面代理合同，亦未就收益情况做书面约定。一个月后，新国大期货公司因涉嫌非法集资被查封，客户资金被冻结。此案历经两年，于 2000 年由法院审结。2003 年 8 月 14 日法院在《北京晚报》上发布一则关于“新国大”非法集资案第二次赃款清退发还的通告。原告经询问清算组工作人员方知被告于新国大期货公司案发前已将其账户内资金取出。现原告认为：被告一直对其谎称委托投资款 5 万元已被依法查封而拒绝将该笔款项返还，已侵犯到原告的合法财产权益。故其诉至法院，要求被告返还委托投资款 5 万元并支付该款利息 5000 元。诉讼中，被告辩称此案是借款合同纠

① 《北京法院指导案例》第 93 期。

纷；其于新国大期货公司被查封前已将原告5万元提出并返还原告；且原告早在1998年即知新国大期货公司非法集资案发，事隔7年后再向其主张权利，诉讼时效已过，故不同意原告的全部诉讼请求。

法院经审理后认为：根据我国相关法律的规定，委托合同是指委托人与受托人约定，由受托人处理委托人事务的合同。本案中，原告为证明双方之间法律关系性质向法院提供了被告亲笔书写的收据一份，从其上所载内容、上下行文看，双方构成委托代理关系之事实清楚、证据充分、逻辑合理，足以认定。被告虽主张其收取原告5万元应属民间借贷，但未提交相关证据佐证、亦未就原告主张的委托代理关系提供充足证据反驳，故法院对被告有关涉案合同性质的意见不予采信。本案中，原告投入5万元资金，委托被告在被告账户内进行期货投资，不违背相关法律、法规，应属合法有效。据此，双方应互负权利、义务。被告在收取原告资金后，理应尽善意管理人之义务谨慎进行投资，并在投资结束后或在因故无法投资时将委托事项之处理结果返还原告。诉讼中，被告自称其于新国大期货公司被查封前已将5万元委托投资款取出，对该自认事实，法院依法确认。但其主张已将5万元返还原告的事实，却未向法院提交相关证据证明，原告亦否认曾收到该笔款项。故法院对被告的主张不予采信。鉴于双方均无证据证明该笔资金自投入0602账号内发生了实际的期货投资并致使该笔委托投资款数额有增减，故法院认为返还额应以委托投资款本金5万元为限。同时鉴于被告在取出款项后未能及时给付原告，致使原告遭受一定数额的利息损失，此部分损失亦属于原告合理的经济损失，被告应予赔付。现原告索要利息损失5000元，未超出合理限度，法院依法支持。

关于诉讼时效，法院认为，诉讼时效应当从当事人知道或应当知道其权利被侵害之日起计算。本案中，被告在新国大期货公司被查封后未及时将取款行为告知原告，亦未实际将原告委托投资款返还原告，致使原告误以为该款亦被查封。且原告并非涉案0602账户的开立人，无从知晓新国大期货公司非法集资案的进展情况及账户被冻结或资金发还的真实情况，故本案诉讼时效应从原告实际知道权利被侵害之日

起计算，迄今未超过两年。法院对于被告关于原告起诉超过诉讼时效的抗辩不予采信。综上，依据《民法通则》第106条、第137条，《合同法》第6条、第8条、第396条、第401及最高人民法院《关于民事证据的若干规定》第74条之规定，法院判决被告王某于判决生效后10日内返还原告孙某5万元并支付利息5000元。

【要点】

本案所反映的是当事人自认的与己不利的事实法院怎样确认的问题。

【评析】

诉讼中，原、被告的争议焦点主要集中于以下三个方面：一是双方法律关系的性质是委托合同还是借款合同；二是原告起诉是否超过诉讼时效；三是被告是否具备还款条件及应还款数额。对于前两个问题实际上并不难解决，在此不做探讨。但对于第三个问题则需要通过庭审活动仔细斟酌，并且有可能涉及大量的调查取证工作。因为一旦法院确认了本案系一起委托合同纠纷，那么就必然涉及委托利益的返还问题，包括被告现今是否具备返还条件、应予返还的数额及原告利息损失的计算等，这些在双方当事人陈述互相矛盾的情况下，法院进行认定必将耗时耗力。

庭审中，原告主张被告以欺诈手段谎称涉案款项被查封而拒绝将委托投资款返还；而被告辩称原告委托投资款一直被法院查封、事实上无法支取，并向法院提出调查取证申请，要求法院对原、被告在新国大期货公司开立的所有账户截至被冻结时止的各种出入金情况、资金账面余额情况及清退发还案款情况进行调查。经审查，如果不存在其他情况，被告申请的部分事项确实属于其因客观原因无法自行完成调查取证的事项，法院因而有义务依职权对新国大期货公司非法集资案件的相关情况展开全面调查，以实现查清本案事实的目的，但本案继而出现的另一情况，改变了这种局面：被告在庭审中同时又作出其已于新国大期货公司被查封前将原告委托投资

款返还给原告但未让原告打收条的陈述。被告此陈述虽然不为原告认可，但却使得本案的第三个争议焦点迎刃而解。因为被告主张的其已于新国大期货公司被查封前将款项提出并给付原告这一事实在本案中属于对被告不利的事实（如果被告不认可，则不仅需查明被告 0602 账户内资金是否已被查封，而且要查明按照清退发还比例该 5 万元委托投资款原告最后实际可获取的数额，由于清退款项的不足，故该数额必将小于原告最初投入的本金。而被告一旦认可，则不仅将免除原告的举证责任和法院调查取证的职责，而且还会使原告获得 5 万元委托投资款的足额索赔权），可见，被告庭审中自认的其已于新国大期货公司被查封前将原告委托投资款 5 万元取出并给付原告的事实是对其不利的事实。故法院根据最高人民法院《关于民事证据的若干规定》第 74 条“诉讼过程中，当事人在起诉状、答辩状、陈述及其委托代理人的代理词中承认的对己方不利的事实和认可的证据，人民法院应当予以确认”的规定，对被告该自认事实予以确认，并以此认定被告在已具备履行条件时未能及时履行返还原告委托投资款的义务属于违约，应依法承担返还委托投资款并自此起算支付原告利息损失的违约责任。

可以说，本案的及时解决得益于我国民事程序法中规定的自认制度。所谓自认，是指在诉讼过程中，一方当事人就不利于己的事实作出明确的承认或表示，从而产生相应法律后果的行为。对于自认，英美法系和大陆法系有着不同的理论基础和实践观点。但总体上，两大法系均认可自认将导致原、被告对涉案事实不存在争议，因而可免除有关当事人的举证责任。同时，在采用辩论主义原则的国家，自认还将产生拘束法院的效力，法院应推定当事人自认的事实为真实，而没必要对当事人自认事实的客观真实性再行审查。在我国，民事诉讼中虽然不是采用完全意义上的当事人主义与辩论主义，但最高人民法院 2001 年以司法解释的形式对诉讼中当事人自认的效力及法院对此的处理原则予以了明确规定，对司法审判工作具有指导意义，是法的正式渊源。有鉴于此，本案对被告自认的与己不利的事实予以确认是有合法根据的。

二、合同债务纠纷案件证据指南

1. 在合同履行过程中发生争议的，应当由谁承担举证责任？

【案情】

方某所在的单位要修建职工集资房。方某受张某的委托，以张某的名义购买了房屋一套，房款为3万余元。该房款由方某交付给了单位。此后，方某又代张某对房屋进行了装修。2004年10月，张某因公死亡。待张某丧事处理完毕，方某以自己在代张某购房过程中，房款系自己垫付为由，要求张某的妻子肖某给付其垫支的房款，而肖某以房款已由张某偿还给方某为由拒绝。方某遂向法院提起诉讼，要求法院判决肖某支付其垫付的所有购房款。方某向法庭提供了所在单位出具的购房款收据。肖某未举证。

【要点】

本案所反映的是合同履行纠纷中举证责任的承担问题。

【评析】

首先，要搞清本案中的法律关系。本案中，原告方某在代被告一方购房的过程中涉及两个合同关系：一是从对外关系上看，方某代理张某买房，与所在单位之间系房屋买卖合同关系；二是从对内关系上看，方某与张某之间是民事代理合同关系。就房屋买卖合同而言，当事人能够举证，证明单位收到了房款，对外的买卖合同不存在任何争议，故本案不是买卖纠纷。之所以会发生本案纠纷，是

因为民事代理合同的履行上出现了问题。

其次，要理清代理合同双方的权利与义务。在本案对内代理合同中双方的权利和义务是：对原告方某而言，其权利是收取张某交来的房款，如果在代理过程中代张某垫付过款项，有权向张某索取。主要义务是代理张某与所在单位签订房屋买卖合同，代张某向单位缴纳房款及办理与购房相关的其他事宜；对张某而言，其主要义务是将购房款交与方某，然后由方某代其将此款交与所在单位，如方某在代理过程中垫付过款项，张某一方应向方某积极支付。

在本案中，方某与肖某就民事代理关系的存在和方某已经代张某支付购房款的事实均无争议。但肖某认为购房款已经由张某偿还给方某。对此，谁应当承担举证责任呢？

根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第5条第2款的规定："对合同是否履行发生争议的，由负有履行义务的当事人承担举证责任。"在本案原、被告双方之间的代理合同中，根据上述法律关系的分析，张某一方负有证明其已将购房款交付给方某的举证责任。由于张某已死亡，支付房款是对张某、肖某夫妻共同财产的处分，所以责任应由张某之配偶肖某承担。现肖某不能证明上述事实，故根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第2条"当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果"的规定，应由其承担举证不利的法律后果。

2. 不当得利的举证责任应当由谁承担？

【案情】

张某和李某、陈某三人是中学同学，读书时是形影不离的好朋友。高中毕业后，张某参加了工作，在一家工厂做工。李某则考上了外地的一所大学，成了让人羡慕不已的大学生。陈某没有考上大学，呆在家里，无所事事。2003年春节时，李某回家过年，见到了

百无聊赖的陈某，遂提议让他到自己就读学校所在的城市去打工。陈某征得了家人的同意，在寒假结束后，跟随返校的李某来到了某市。由于陈某没有一技之长，又缺乏工作经验，因此，工作找得很不顺利，生活也十分艰难。2004 年 6 月某日，正在上班的张某接到了陈某发来的电报，请求他尽快汇 2000 元钱到李某的名下。电报中未说明具体的理由。张某感到朋友一定是遇到了困难，急需用钱，便立即到银行取出了 2000 元钱并电汇到了李某所在的学校。可他没有想到的是，正是这 2000 元钱，让自己的两个好朋友陈某和李某闹上了公堂，打起了一场谁也说不清楚的官司。

2004 年 10 月，陈某向法院起诉称：自己因生活困难，向好友张某借钱，由于自己没有固定的通讯地址，便将钱汇到了李某名下。李某收到钱后，将 2000 元钱据为已有。现请求人民法院判决李某交出被其非法占有的 2000 元钱。李某则辩称：陈某因没有工作，生活拮据，曾向自己借 2000 钱。此次张某汇来的钱，是陈某用来偿还借款的。由于是好朋友，所以当初借款时没有打借条。在诉讼过程中，两个人各执己见，但都不能提供充分的证据证明自己的主张。

【要点】

本案所反映的是不当得利的举证责任承担的问题。

【评析】

在本案中，陈某主张李某将张某汇给自己的 2000 元钱据为已有，要求判决其返还。因此，本案是一起不当得利纠纷。所谓不当得利，是指无法律或合同上的原因而受利益，致他人受损害的法律事实。《民法通则》第 92 条规定："没有合法根据，取得不当利益，造成他人损失的，应将取得的不当利益返还受损失的人。"最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第 131 条规定："返还的不当利益，应当包括原物和原物所生的孳息。利用不当得利所取得的其他利益，扣除劳务管理费用后，应当予以收缴。"根据上述法律规定，不当得利的构成要件为：

（1）一方获得利益；（2）他方受有损失；（3）一方获得利益没有法律上的根据。在诉讼中，以上三个构成要件均为案件的证明对象，必须由当事人加以证明，才能成立不当得利。而在本案中，当事人双方都承认张某曾应陈某的要求，汇款2000元到李某的名下，但陈某主张该款应当由李某转交给自己，而李某则主张该款是用来偿还陈某的欠款的。双方都没有证据证明自己的主张和驳倒对方的主张。换言之，不当得利的前两个构成要件因得到当事人的确认，已经无需证明。本案的关键即在于构成不当得利的第三个要件：李某占有该笔汇款是否有法律上的根据，能否得到证明。如果能够证明该款确系用来偿还欠款，则李某占有该汇款有法律上的根据，陈某的诉讼请求将被驳回；反之，如果证明该款是陈某为解决生活困难，向朋友所借，因自己没有固定通讯地址而汇到李某名下，则李某将被判决返还该款项。在双方都不能提供证据以证明自己主张的事实的情况下，本案的焦点就集中在谁应当承担不当得利的证明责任上，即李某取得该款有无法律根据的证明责任由谁承担，谁就将面临不利的诉讼后果。

关于不当得利的证明责任，上述《民法通则》及其实施意见没有作出规定，最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》中也未作出规定。鉴于不当得利的特殊性和复杂性，也不宜简单地适用“谁主张，谁举证”的证明责任的一般标准。根据有法律则依法律，无法律则依习惯，无习惯则依法理的原则，在没有法律和既有的惯例可以遵循的情况下，对于不当得利的证明责任，只能依据法理进行分配。目前，在司法实践中通常是采用证明责任分配理论的通说：以法律要件分类说为主，利益衡量说为辅的证明责任分配原则。所谓法律要件分类说，简言之，就是主张权利的当事人应当对导致该权利发生的法律事实要件承担证明责任；否认权利的当事人应当对妨碍权利、权利消灭或受限制的法律事实要件承担证明责任。具体到本案，陈某主张要求李某返还不当得利的权利，必须证明构成不当得利的法律事实要件存在，即：一方获得利益，他方因此受到损失，获得利益没有合法依据。如前所述，前两个要件已经得到当事人的确认，无需证明，而第

三个要件则没有证据证明。因此，证明责任应当由陈某承担。

从利益衡量的角度上看，如果由被告方承担不当得利的证明责任，证明取得不当得利存在法律上的依据，既不利于法律秩序的稳定，也违反了人们的日常生活习惯。在不当得利诉讼中，原告提起诉讼的目的是为了改变财产关系的现状，因此，应当由原告举证证明对现状的改变具有事实依据；如果由被告承担证明自己取得的利益有合法依据的证明责任，则会使财产关系处于一种不稳定的状态，人们的财产随时都可能因为他人提起诉讼，自己不能证明取得该财产的合法依据而被剥夺，从而不利于法律秩序的稳定，甚至会导致滥用诉权，牟取不法利益。同时，根据人们的日常生活习惯，通常是给付利益的一方保留证据，以便日后请求得到利益方返还利益或者履行其他义务；而不是由得到利益的一方保留证据，以便防止日后给付利益方提出返还利益的请求或者其他请求。在本案中，李某显然属于得到利益的一方，一般不会保留证据，而陈某属于间接地给付利益的一方，通常会保留证据，所以，由他承担举证责任符合人们的生活习惯。在委托他人受领汇款的情况下，人们通常会要求汇款人在汇款凭据上注明该款由受委托人转交给自己，以便日后要求其返还汇款。在陈某不能提供上述证据的情况下，就要承担败诉的后果。

3. 当事人分别举证但都不能推翻对方证据，应当如何处理？

【案情】

王某与赵某是多年的邻居。2000年，王某下岗并搞起了个体经营。为经营需要，王某曾多次向赵某借款，归还部分本息后，2002年底双方进行结算，王某重新出具借条认借赵某17000元。后双方发生纠纷，赵某诉诸法院，要求王某清偿17000元借款。王某提出已于2003年初付还赵某7000元，赵某予以否认。王某遂提供了2002年年底前他向赵某出具的，在重新认借后收回的3张借条，其中2张借条的右下角有赵某收取本息的记载，说明按照惯例赵某向

他收取本息时均在借条的右下角注明收款情况，并要求赵某出示借条原件。赵某出示借条原件时，该借条的右下角有较大面积缺损。王某认为赵某是有意毁灭证据，赵某则坚持借条是无意中撕破的。撕去的部分由于是空白，就没有保留。

【要点】

本案所反映的是当事人的举证都不能推倒对方证据时如何处理的问题。

【评析】

在本案中，王某和赵某分别为自己的主张提供了证据（借条），但对对方提供的证据又都不能否定。王某没有证据证明赵某出具的借条是其有意毁损的；赵某对王某主张的自己在收取借款本息时有在借条的右下角注明收款情况的习惯的事实，也不能推翻。案件的事实一时处于真伪不明的状态。在这种情况下，对王某主张的已经还款 7000 元的事实究竟该不该认定呢？这就需要借助于证据法中的“高度盖然性”规则来对本案的证据进行甄别和取舍，从而认定案件的事实。

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第 73 条规定：“双方当事人对同一事实分别举出相反的证据，但都没有足够的依据否定对方证据的，人民法院应当结合案件情况，判断一方提供证据的证明力是否明显大于另一方提供证据的证明力，并对证明力较大的证据予以确认。因证据的证明力无法判断导致争议事实难以认定的，人民法院应当依据举证责任分配的规则作出裁判。”该条规定的就是“高度盖然性”规则。所谓“高度盖然性”规则，是指当事人在对同一事实举出的相反的证据而且都无法否定对方证据的情况下，由法官对当事人的证据的证明力进行衡量。如果一方提供的证据证明力明显大于另一方，则可以认为证明力较大的证据所支持的事实具有高度盖然性，法官应依据这一事实作出裁判；如果通过对证明力的比较仍无法对待证事实作出认定，待证事实仍处于真伪不明的

状态，双方证据的证明力大小不明显或者无法判断，即双方证据所支持的事实均不能达到高度盖然性的程度，法官就应当依据举证责任分配原则作出不利于负有举证责任一方当事人的判决。

“高度盖然性”证据规则在民事诉讼中发挥着重要的作用。第一，符合诉讼效益原则，有助于消除法院对案件客观真实的盲目追求。第二，有利于提高审判效率。法官可以借鉴现代自由心证的规则，结合案情对双方证据的证明力大小进行自由裁量。第三，有助于实现公平与正义。高度盖然性标准可以充分调动当事人在民事诉讼中的积极能动性，同时亦能保障当事人在诉讼中享有平等的机会。第四，有助于民事关系的及时稳定。如果将证明的标准定得过高，会导致真伪不明案件的增多，使许多民事纠纷长期得不到解决，相关的民事关系将长期处于不稳定状态。但在适用“高度盖然性”规则的过程中，有以下几点需要注意：（1）运用时不能违背法定的证据规则；（2）反对法官的主观臆断；（3）运用高度盖然性证明标准定案的依据必须达到确信的程度；（4）依据高度盖然性证明标准认定案件，不允许仅凭微弱的证据优势认定案件事实；（5）高度盖然性原理证明标准仍然要求最终认定的证据能够相互印证，形成一条完整的证据链，得出唯一的证明结论。

综合本案的实际情况，赵某提供的借条右下角有较大面积的缺损，但没有提供证据证明缺失部分没有其他内容。王某提供了他以前向赵某借款的 3 张借条，其中 2 张借条的右下角有赵某收取本息的记载，以说明他已付还原告 7000 元，虽为间接证据，但可以说明赵某向其收取本息时习惯在借条的右下角注明收款情况。对比当事人双方提供的证据，王某提供的证据所支持事实的盖然性优于赵某，而且，赵某是借条的持有人，没有妥善保管，导致借条缺损，理应承担不利后果。因此，对王某主张的已还款 7000 元的事实应当予以认定。

4. 当事人的证据证明力相当的，应当如何处理？

【案情】

苗某和曹某是多年的老街坊。两个人从小一起长大，又一起上学，毕业之后到一家工厂做工，关系十分密切。2002 年，由于工厂效益不好，两个人都下了岗。经过一番商量，苗某和曹某决定合伙开个餐馆。餐馆开张后，苗某和曹某同心协力，起早贪黑，把餐馆一度搞得有声有色，生意十分红火。但时间一长，两个人在经营过程中逐渐产生了矛盾。2003 年 10 月，苗某提出退出合伙，曹某表示同意。在分割合伙财产的过程中，苗某和曹某发生了分歧。

两个人都以自己制作的账目为依据，主张将结余的营业收入拿出来平分。因协商不成，苗某向人民法院提起诉讼，要求曹某将结余营业收入（计 26000 元）的 50% 交给自己，并以自己在合伙期间制作的帐目明细表作为证据。曹某辩称营业收入并未交由自己保管，不同意苗某的诉讼请求，同样向法庭提交了由其制作的帐目明细表作为证据。

【要点】

本案所反映的是当事人的证据证明力相当时如何处理的问题。

【评析】

本案涉及的主要是民事诉讼的当事人双方分别举出相反证据，而且证明力相当，使争议事实处于真伪不明的状态，对纠纷应当如何判断和处理的问题。

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》）第 73 条规定：“双方当事人对同一事实分别举出相反的证据，但都没有足够的依据否定对方证据的，人民法院应当结合案件情况，判断一方提供证据的证明力是否明显大于另一方提供证据的证明力，并对证明力较大的证据予以确认。因证据的证明力无

法判断导致争议事实难以认定的，人民法院应当依据举证责任分配的规则作出裁判。”在本案中，当事人双方均向法庭提供了自己在合伙期间制作的帐目明细表，试图通过该证据证明自己在合伙期间的投入以及合伙期间的费用支出、盈余分配等情况。双方当事人对对方提供的帐目明细表均不认可，都提出节余的营业收入不由自己保管等主张。在这种情况下，当事人双方对同一事实提供的证据相反，同时又都不足以否定对方提供的证据，而且证据本身的证明力相当。根据上述司法解释的规定，“因证据的证明力无法判断导致争议事实难以认定的，人民法院应当依据举证责任分配的规则作出裁判。”《证据规定》第2条规定：“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。”苗某作为本案的原告，有义务向法庭提供证明合伙结束时结余的营业收入的数额及其保管情况的证据。在苗某对上述事实不能举出充分证据的情况下，就应当承担不利的诉讼后果。

5. 承认对方主张的借款约定利息的事实后还能反悔吗？

【案情】

白某与张某是同事关系。2002年3月，白某为支付购房款的首付曾向张某借款2万元。2003年6月，张某向人民法院起诉，称：白某为购房向自己借款2万元并承诺1年后归还，同时支付2000元作为利息。现白某迟迟未归还借款本息，请求人民法院依法判决白某履行法律义务。

白某在向法院提交的答辩状中表示：自己确向张某借款2万元并约定以10%作为利息，但双方并未约定1年的借款期限，而是笼统地商定在明年归还，也就是说，自己的还款期限应为2003年底。现借款期限未到，张某起诉要求自己还款，与约定不符，请求人民法院驳回。但在庭审过程中，白某改称：借款时双方并未约定利息。

由于自己到外地出差，答辩状是他人代为起草和提交，表述有误。白某向法庭提交了其单位出具的证明其在答辩期间到外地出差的证明以及代其起草答辩状的朋友的证人证言。证人证言表示：由于双方是电话联系，未听清白某的意思，因此，在起草答辩状时表达有误，承认了曾约定借款利息。张某在庭审中则坚持，白某在答辩中已经承认了借款时曾约定利息，现又反悔，前后矛盾。请求人民法院依据其已经承认的事实依法判决。

【要点】

本案所反映的是诉讼中的自认及其反悔的问题。

【评析】

所谓自认，是指当事人对不利于自己事实的承认。“自认”分为诉讼中的自认和诉讼外的自认。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》）第 8 条第 1 款规定：“诉讼过程中，一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实明确表示承认的，另一方当事人无需举证。但涉及身份关系的案件除外。”这里规定的是诉讼中的自认，即当事人在诉讼过程中对另一方当事人陈述的不利于自己的案件事实的承认。自认也可以发生在诉讼过程之外，如在借贷纠纷中，被告诉讼前给原告的信件中曾承认向原告借款，或者被告曾向第三人承认向原告借款，或者被告诉讼前曾同意归还借款等。尽管都是承认对自己不利的事实，但诉讼外自认与诉讼中自认在效力上有很大的差别。诉讼外的自认不具有免除对方当事人举证责任的法律效力，但可以作为一种证据材料使用。

诉讼中的自认具有如下特征：（1）自认必须发生在诉讼过程中。只有当事人在诉讼过程中的自认才能产生相应的法律后果。当事人在诉讼外对不利于自己的案件事实的承认应当比照一般的证据进行正常的举证和质证，不能成为免除当事人举证责任的法定事由。（2）自认是一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实的承认。民事诉讼的最大特征是当事人双方主张和利益的对抗性，因此，一方当事

人对另一方当事人所主张的案件事实的承认，常常是对不利于自己的案件事实的承认。（3）自认必须明确表示。为了确保自认的真实性和自愿性，《证据规定》对自认的成立限定了较为严格的条件，即自认必须是明确表示承认。如果当事人默示自认，即对另一方当事人的陈述既不承认也不否认，只有在法官履行了法定的释明义务后仍然默示的，才能视为承认。（4）自认必须具有合法性。当事人的自认不能改变现行法律的规定，也即不能与现行有效的法律相冲突。因此，涉及身份关系的案件事实不能适用自认的规定，这里的身份关系案件主要是指婚姻案件和亲子关系的案件。

诉讼中的自认具有两方面的法律效力：（1）诉讼中的自认有约束当事人的效力。当事人一方对另一方提出的不利于自己的事实的承认，双方当事人就自认的事实不再需要举证，作出自认的当事人也不得在诉讼中提出与自认事实相互矛盾的主张，双方当事人亦无需就自认的事实进行质证和辩论。（2）诉讼中的自认有约束法院的效力。《证据规定》第 74 规定：“诉讼过程中，当事人在起诉状、答辩状、陈述及其委托代理人的代理词中承认的对己方不利的事实和认可的证据，人民法院应当予以确认，但当事人反悔并有相反证据足以推翻的除外。”一方当事人作出自认的结果是使双方当事人对事实的主张趋于一致，为了尊重当事人的诉讼权利，也为了提高诉讼效率，人民法院应该以双方当事人一致的主张作为裁判的基础，而一般不得再另行依职权就该事实进行调查。自认的效力也及于人民法院。

在本案中，白某在答辩状中承认了向张某借款并约定支付利息的事实，属于典型的诉讼中的自认。该自认将免除张某的举证责任并得到人民法院的确认。但白某在庭审中又对其已经作出的自认表示反悔，理由是他人在代为起草答辩状的过程中理解有误，作出了错误的表示，并向法庭提交了单位的出差证明和证人证言。白某能否撤回其先前作出的自认呢？

《证据规定》第 8 条第 4 款规定：“当事人在法庭辩论终结前撤回承认并经对方当事人同意，或者有充分证据证明其承认行为是在

受胁迫或者重大误解情况下作出且与事实不符的，不能免除对方当事人的举证责任。”该条规定了自认撤回的条件。一般而言，诉讼中的自认一经作出，对法院和当事人都产生相应的拘束力。就法院而言，依据辩论原则，自认实际上排除了法院对自认的事实的认定权，法院的判决须受到当事人自认的事实的约束。对当事人而言，依据诚实信用的原则，作出自认的当事人不得随意撤回自认或者再作相反的主张。自认只能在例外的情况下撤回。这种例外情况包括两种情形：

1. 经对方当事人同意，一方当事人可以在法庭辩论终结前撤回自认

诉讼中的自认对自认人的约束力在于维护对方当事人对自认行为的信赖。自认人作出诉讼中的自认后，对方当事人的举证责任因此而得到免除，就不会基于举证责任的压力而全力收集和注意保存已有的证据材料。如果允许当事人任意撤回自认，将给对方当事人造成损害，也违反了诚实信用的原则。但如果对方当事人同意自认人撤回自认，并且自认人在法庭辩论终结前撤回自认，则应当允许其撤回自认。

2. 有充分证据证明其承认行为是在受胁迫或者有重大误解情况下作出并且与事实真实情况不符的，可以撤回自认

所谓“受胁迫”作出自认，是指一方当事人以即将发生的物质性强制或者精神性强制为要挟，迫使对方在违背自己真实意思表示的情况下作出自认。胁迫也可以是胁迫者通过实施某种不法行为，给当事人及其亲友的精神和财产造成损害（如实施殴打、拘禁等暴力行为，或散布谣言、毁人名誉等）而迫使当事人自认。所谓因重大误解作出自认，是指单方误解，即当事人对于事实的性质、对方当事人特定身份等认识错误所作的承认。所谓“与事实不符”，是指当事人自认的事实不符合案件的真实情况，或者不符合法官已经获得心证的事实，或者明显与其他证据证明的案件事实相悖。诉讼中的自认通常符合案件事实的真实情况，若当事人的自认是在某种特殊的情况下违背了自认人的真实意思而作出的自认，并能够提供充

分证据证明其自认是在受胁迫或者存在重大误解情况下作出的，与事实不符，就应当允许当事人撤回其对不真实事实的承认。[①]

在本案中，白某称其在请他人代为起草答辩状的过程中，由于对方理解有误，承认了在借款时双方曾约定支付利息的事实。作为案件的当事人，在请人起草答辩状时，对主要的案件事实未交代清楚，显然与常理相悖。仅凭一份证人证言，也不足以证明该自认是在违背白某真实意思的情况下作出并与案件事实不符。因此，在白某不能提供证明其承认行为是在受胁迫或者重大误解情况下作出且与事实不符的充分证据的情况下，其自认不能撤回。张某对双方借款时曾约定利息的事实不需要承担举证责任。人民法院对该事实将予以确认并据此作出相应的判决。

6. 共同被告中一人自认，效力是否及于其他共同诉讼人？

【案情】

钱某与李某同为某企业职工。由于单位的效益不好，两个人决意自谋出路。经协商，钱某和李某租用了单位所有的一间门脸房，开了一家日杂商店。1 年后，李某退出，日杂商店由钱某独自经营。2004 年 8 月，两人所在单位向人民法院提起诉讼，称：钱某和李某租用单位的门脸房从事经营活动，至今未向单位缴纳租金，请求人民法院判决两人支付拖欠的租金或退回门脸房。钱某在答辩中称：当初两人自谋出路，租用单位的门脸房搞个体经营，不再要求单位承担两人的工资和其他福利待遇；单位同意免去两人的租金。现单位要求缴纳租金，与约定不符，不同意其诉讼请求。而李某在答辩中则称：自己已经退出经营，转做其他生意，与单位不存在房屋租赁关系，租金应当由钱某缴纳。当事人双方都未能提供租赁协议或者其他证据证明自己的主张。在庭审过程中，两人所在单位的代理人提出，李某在答辩中已经承认有租金的约定，原告方不需要再举

① 李国光主编：《最高人民法院〈关于民事诉讼证据的若干规定〉的理解与适用》，中国法制出版社 2002 年版，第 125～126 页。

证证明，请求人民法院确认该事实，依法判决两人缴纳租金。钱某坚持自己的主张，并认为李某承认有租金存在，是其个人行为，与自己无关。李某未出庭参加审理。

【要点】

本案所反映的是共同诉讼中的一人承认对方当事人主张的事实（即自认），对其他共同诉讼人是否产生拘束力的问题。

【评析】

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》对此未作出规定。正确地处理该问题，首先要认清自认的性质，即自认是一种证据形式还是一种诉讼行为。

所谓自认，是民事诉讼的当事人对他方主张的不利于自己的事实不予辩驳而加以承认，肯定其真实性的一种行为。自认是一种意思表示，即当事人将自己的心理活动的内容表现于外部的一种诉讼行为。在这里，要注意自认与“当事人陈述”的区别。根据我国《民事诉讼法》的规定，“当事人陈述”是一种证据形式。《民事诉讼法》第71条第1款规定：“人民法院对当事人的陈述，应当结合本案的其他证据，审查确定能否作为认定事实的根据。”由此可见，当事人陈述作为诉讼证据，必须经过逻辑推理后方能认定，仅有当事人陈述尚不足以发生免除陈述人继续举证责任的法律效果。而依照最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》，自认一经作出，即可发生免除对方当事人举证责任的后果，法院得依据自认确定案件事实，而无须进行推理认定。同时，在一定的情形下，当事人可以撤回自认，撤回的条件包括自认系受胁迫或者因重大误解而作出。因此，自认是一种可撤销的法律行为。①

综合比较自认与证据，两者的差别表现在以下几个方面：（1）两者根本特征不同。证据最根本的特征是其具有客观性；而自认是

① 丁巧仁主编：《民事诉讼证据制度若干问题研究》，人民法院出版社2004年版，第6页。

由当事人作出的，具有很强的主观性。（2）两者发生作用的原因不同。证据基于其本身与案件的关联性来帮助法官认定案件事实；而自认的效力来源于诉讼规则，法官可以根据自认直接推定案件事实，不需要再进行逻辑推理。（3）两者在诉讼中的作用不同。证据的作用是证实案件事实，表现其证明力；而自认可以免除对方当事人的举证自认，表现其卸除作用。①

《民事诉讼法》第53条规定："当事人一方或者双方为二人以上，其诉讼标的是共同的，或者诉讼标的是同一种类、人民法院认为可以合并审理并经当事人同意的，为共同诉讼。共同诉讼的一方当事人对诉讼标的有共同权利义务的，其中一人的诉讼行为经其他共同诉讼人承认，对其他共同诉讼人发生效力；对诉讼标的没有共同权利义务，其中一人的诉讼行为对其他共同诉讼人不发生效力。"既然自认是一种诉讼行为，根据上述法律规定，在普通共同诉讼（共同诉讼的一方当事人对诉讼标的没有共同权利义务）中，共同诉讼人中一人的自认对其他共同诉讼人没有法律效力；在必要共同诉讼（共同诉讼的一方当事人对诉讼标的有共同权利义务）中，共同诉讼人中一人的自认行为必须经过其他共同诉讼人的认可，才对其他共同诉讼人发生法律效力。在本案中，李某虽然承认了有租金存在的事实，但钱某作为共同诉讼人对此未予认可，所以李某的自认对钱某没有拘束力。作为原告方，两人所在单位仍然要举证证明有租金约定的事实。如果其对自己主张的事实不能提供足够的证据，就要承担不利的诉讼后果。

7. 依据对方陈述提出主张而对方称陈述有误的，举证责任能否免除？

【案情】

金某与宋某是好朋友。2002年8月，金某为开饭馆向宋某借款4

① 陈光中、江伟主编：《诉讼法论丛》（第七卷），法律出版社2002年版，第351页。

万元。双方约定：借款期限1年，利息20%。2004年底，宋某向人民法院提起诉讼，要求金某归还借款。在诉状中，宋某陈述：金某曾于2003年12月归还借款2万元，现尚拖欠借款本息3万元。金某答辩称：自己曾于2003年11月归还宋某借款本息3万元，后又于12月归还借款2万元。全部借款已经归还完毕。对2003年11月的还款，金某提供了证据，但对12月的还款未提供相应的证据予以证明。在庭审过程中，宋某承认金某曾于2003年11月归还借款本息共计3万元，同时提出自己在起诉状中所说的2003年12月还款2万元，即是指此次还款，但由于自己记忆错误，对还款的金额和时间表述不准确。金某坚持宋某已经承认该事实，自己不需要再举证证明。

【要点】

本案反映的是当事人在诉状中所陈述的事实是否属于自认的问题。

【评析】

在本案中，宋某在起诉状中所作的金某于2003年12月还款2万元的事实是否属于自认的问题。如果属于自认，则金某可以免除对该事实的举证责任，而且除非经金某同意或者宋某有证据证明该陈述是在受胁迫或者有重大误解的情况下作出的，否则不能撤回该自认。如果不属于自认，则金某仍然要对该还款事实承担举证责任。

笔者认为，对被告金某所主张的其于2003年归还借款本息3万元的事实，宋某给予认可，构成自认。对该部分事实，金某不需要承担举证责任。在金某已经提供证据的情况下，该证据不需要再进行质证。但宋某在起诉状所述的金某曾于2003年12月还款2万元的事实，不构成自认。对该部分事实，金某仍然要承担举证责任。

所谓自认，指的是当事人一方对他方所主张的不利于自己的事实的承认。按照最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》，自认对当事人和法院均有拘束力。当事人不需要对自认的事实再举证证明。宋某在起诉状中所作的陈述不是针对金某的主张作出的，因

此，缺乏构成自认的前提条件。在金某提出自己曾于 2003 年 11 月和 12 月分别还款 3 万元和 2 万元的答辩后，宋某即表示承认金某曾于 2003 年 11 月还款本息 3 万元的事实，同时明确表示自己在起诉状中所称的金某于 2003 年 12 月还款 2 万元，是自己记忆错误，所指的即是金某 11 月的还款。显然，宋某对金某主张的 2003 年 12 月的还款事实并未予以承认。在本案中，不存在对该笔还款的自认，金某仍然要对该事实承担举证责任。同时，金某作为债务人，理应保存清偿债务的证据。在金某不能对该事实提供充分证据的情况下，显然存在其利用宋某的错误陈述，牟取不法利益的可能。因此，对金某主张的 2003 年 12 月还款的事实不应确认。

也有人提出：宋某在起诉状中所作的陈述应当属于限制自认。笔者不赞成这种看法。所谓限制自认，是指当事人一方仅承认对方所主张的事实的一部分，或在承认时附加一定的限制条件。限制自认主要有两种情况：一是当事人一方对于所主张的事实，仅承认其中一部分，而对其他部分予以争执。在这种情况下，对方就无争执的部分免除举证责任，而对争执的部分仍然要举证证明。二是当事人一方在承认对方所主张的事实时，附加独立的攻击或防御方法。比如原告主张被告曾向其借款若干，被告承认借款，但同时又主张其已经归还全部借款。

被告关于其已经清偿的主张即为附加的独立的防御方法。该自认即为限制自认。[①] 本案中，宋某在起诉状中所作的陈述显然不属于上述情况。

8. 担保人承认自己是借款人并愿意承担偿还责任，是否属于自认？

【案情】

孙某向银行借款 5 万元，约定借期 4 个月，严某为孙某提供连

---

① 丁巧仁主编：《民事诉讼证据制度若干问题研究》，人民法院出版社 2004 年版，第 6 页。

带责任担保。借款到期后，孙某未还款，严某亦未履行保证责任。银行向法院起诉，要求孙某偿还本息，严某承担连带偿还责任。庭审时，孙某经合法传唤拒不到庭，而严某辩称：此款系我所借，但目前资金紧张，请求分期给付，并请求驳回原告对孙某的诉讼请求。

【要点】

本案反映的是担保人承认自己是借款人并愿意承担偿还责任，是否属于自认的问题。

【评析】

在本案中，担保人严某的承认不属法律上的“自认”。

首先，严某的承认并非针对对方当事人陈述而作。作为被告，其在审理中的承认必须与对方当事人的陈述保持一致。本案中，原告银行所陈述的是严某为第一被告孙某担保，严某的身份是保证人。但严某却说自己是本案的借款人，这就与原告银行的陈述发生了偏差。

其次，严某的承认效力不及于第一被告孙某。严某的承认改变了原告陈述的事实，由于其陈述自己是借款人，看起来是对第一被告有利，但由于第一被告并未出庭，严某这种似有利于第一被告的承认并未得到其认可，很可能违背其意志，故严某承认的效力并不必然及于孙某。

再次，严某的承认很可能损害原告的利益。如果法院确认严某的承认为自认，则严某将以借款人的身份承担偿还本息的义务，而第一被告孙某则会因此摆脱被告的身份，因为借款人与保证人之间并不必然存在位置互换的关系。法院如果确认其承认为法律意义上的“自认”，则本案将由两个被告承担还款责任转为一个被告承担还款责任，一旦严某不履行或不能履行义务，则原告的利益会因此受到损害。

综上，虽然第二被告严某的承认系诉讼中作出且不利于己方，但因其与原告的陈述不一致并可能损害原告的利益，故不属于法律

意义上的自认，而属于新的主张，严某应就该主张举证，不能举证或证据不充分的，法院应不予采纳。

9. 调解中所作陈述，能否构成自认？

【案情】

杨某经营一家超市，经常从王某处进货。由于双方建立了长期的供货关系，因此，对货款每年结算一次。2003 年，由于超市的效益不好，杨某对拖欠王某的货款迟迟未予结算。王某曾多次上门追讨货款，均被杨某借故推脱。双方因此而发生争执。2004 年 4 月，王某向人民法院提起诉讼，要求杨某支付拖欠的货款。法院受理后召集原被告双方进行调解，调解过程中杨某对原告诉求未提出异议，但提出货物有质量问题，要求原告王某扣减货款 1 万元，如原告同意扣款，其同意支付货款。原告认为有质量问题的货物被告杨某已退还，不同意扣减，双方未能达成协议。庭审中，被告杨某否认自己曾拖欠王某货款。王某认为杨某在调解中已经承认拖欠货款的事实，请求人民法院依法判决其支付货款。王某对其主张的事实未能提供证据。

【要点】

本案所反映的是调解中作的陈述能否构成自认的问题。

【评析】

杨某在调解中的陈述已构成自认。王某对其主张的杨某拖欠货款的事实不需要再举证证明。人民法院应当确认该事实并据此作出判决。

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》）第 8 条第 1 款规定：“诉讼过程中，一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实明确表示承认的，另一方当事人无需举证。”根据上述法律规定，自认具有如下特征：（1）自认必须发生在

诉讼过程中，只有诉讼过程中的自认才能够产生相应的法律后果；(2) 自认是一方当事人对另一方当事人陈述案件事实的承认；(3) 自认必须是明确表示的；(4) 自认必须具有合法性。在本案中，被告杨某在调解中未对原告王某的诉求提出异议，其在调解中提出的原告货物存在质量问题要求扣减货款1万元。该陈述是被告为达成调解协议而要求原告作出让步，并非为达成调解协议而做出的妥协或让步，故被告杨某虽是在调解过程中所作的陈述，但不能适用《证据规定》67条“在诉讼中，当事人为达成调解协议或者和解目的作出妥协所涉及的对案件事实的认可，不得在其后的诉讼中作为对其不利的证据”的规定。综上所述，被告杨某在调解中的陈述已构成自认，其虽在庭审中否认欠原告货款，法院仍可依据其在调解中的陈述判令被告偿付原告货款。

10. 借贷双方均缺乏确凿证据，但一方主张的事实合乎情理，应否支持？

【案情】

农民王某从1998年起经营养殖业。由于经营有道，逐渐有了一些积蓄。2000年，王某办了一家养殖厂并向当地的农村信用社贷款10万元。贷款合同约定：信用社向王某发放10万元贷款，期限为1年。王某以其养殖厂的厂房、设备等价值10万元的资产为担保。2001年，贷款期限届满。王某向信用社提出由于目前养殖厂处于扩大经营规模阶段，资金紧张，希望延长贷款期限。信用社考虑到帮助农民致富是党和国家的一贯政策，也是信用社的职责所在，而且王某的养殖厂经营状况较好，具有还贷能力，遂同意了王某的要求。双方另行签订了贷款合同。合同约定：信用社向王某发放贷款10万元，期限为4年。前后两份合同的编号相同，而且用于抵押财产也相同。同时，信用社考虑到金融机构的内部规定，在新签订的贷款合同中没有注明该合同是对前一份1年期的贷款合同所作的变更，同时，将合同签订日期注明为2000年。2004年底，贷款期限届满。

当信用社通知王某归还贷款时，王某却置之不理。经信用社再三催促，王某仍然拒不还贷。信用社向当地人民法院提起诉讼，在起诉状中将双方签订贷款合同的过程如实作了陈述，并向法庭提供了两份贷款合同和发放贷款的凭据，但未能就后一份4年期的贷款合同为前一份1年期贷款合同的变更，两者发放的是同一笔贷款提供确凿的证据。王某正是看中了这一点，早有准备。他希望通过钻法律的空子，赖掉贷款。王某辩称：自己与某信用社在2000年同时签订了两份贷款合同。贷款期限分别为1年和4年，金额都是10万元。合同签订后，信用社如约向自己发放了1年期贷款10万元，但未发放4年期贷款。1年期贷款合同届满后，信用社未要求自己归还贷款，迟至2004年才提起诉讼，已经超过了民事诉讼2年的诉讼时效，因此，请求人民法院驳回信用社的诉讼请求。但王某也未能就两份合同系同时签订的，针对两笔不同贷款的合同提供相应的证据。

【要点】

本案所反映的是双方当事人均缺乏确凿证据，但一方主张的事实合乎情理时如何处理的问题。

【评析】

在本案中，信用社主张4年期的贷款合同为1年期贷款合同的变更，两者发放的实际上是同一笔贷款。王某则主张两份贷款合同相互独立，发放的是两笔不同的贷款。信用社虽然提供了证明贷款关系和发放贷款的事实存在的证据，但未能就两份贷款合同之间存在的变更关系提供相应的证据。而王某也未就两份合同相互独立提供相应的证据。在这种情况下，应认定哪方主张的事实成立，支持谁的诉讼请求呢？

《民事诉讼法》第64条第1款规定：“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。”最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第2条也规定：“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有

证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。”这就是我们通常所说的民事诉讼中“谁主张，谁举证”的原则。按照该原则，信用社应当对自己主张的事实，即4年期贷款合同实际上是为延长贷款期限而对1年期贷款合同所作的变更，两者针对的是同一笔贷款，承担举证责任。但问题的关键在于，信用社应当在多大程度上证明该事实的存在。如果信用社未能就两份合同的关系提供确凿证据，但根据已有证据，其主张的事实又合乎情理，在法律上能否认定该事实成立，支持其诉讼请求？对此，我们应当看到，法律上认定的事实毕竟不同于客观事实，因为客观事实已经无法再现，它是法官根据已有证据进行合乎逻辑的判断和推理后加以认定的，不可能达到绝对真实的程度。因此，不能要求当事人对其主张的事实承担证明其绝对真实的举证责任。如果在现有证据的基础上，当事人主张的事实合乎情理，具有较高的可信度，就应当在法律上认定该事实，支持当事人基于该事实提出的诉讼请求。

在本案中，王某主张的事实，即两份贷款合同相互独立，发放的是两笔不同的贷款，存在以下几个疑点：首先，两份合同为何使用同一编号？尽管合同编号并不具备直接的法律意义，但在认定本案中两份合同关联性的问题上应作为重要依据。其次，两份贷款合同用于贷款抵押的财产相同。金融机构对贷款抵押有严格的审查制度，如果两份合同是同时签订的且相互独立，信用社为何同意王某以价值仅10万元的同一笔财产为两笔10万元的贷款做抵押？第三，王某称信用社只根据1年期贷款合同向其发放了10万元贷款，而未发放4年期的10万元贷款。那么，其为何一直未要求信用社按照合同约定发放贷款？最后，在1年期贷款合同到期后，信用社在王某未归还贷款的情况下，为何一直未采取措施追还贷款，而是迟至2004年才向人民法院提起诉讼。作为金融机构，如此怠于履行其基本职责，显然不合情理。反观信用社主张的事实，即4年期的贷款合同为1年期贷款合同的变更，两者发放的实际上是同一笔贷款，则上述疑点都可以得到合乎情理的解释。在当事人双方签订的1年

期贷款合同到期后，由于王某暂时不能归还贷款，信用社同意延长贷款期限，双方签订了一份4年期的贷款合同，作为对先前签订的1年期贷款合同的变更。但考虑到金融机构的内部管理规定，在新签订的贷款合同中没有注明该合同是对前一份1年期的贷款合同所作的变更，同时，将合同签订日期注明为2000年。因此，两份合同使用同一编号，用于抵押的财产也相同。信用社向法庭提供了两份贷款合同和发放贷款的凭据，虽然不能直接证明两份合同的关系，但从这些证据出发，信用社主张的事实是合乎情理的，王某的主张则有悖常理。本案应当认定信用社主张的事实成立，支持其诉讼请求。

从另一个角度看，王某向信用社贷款10万元未还是不争的事实。“欠债还钱”体现了法的首要价值——公正；而诉讼时效制度的宗旨在于促使权利人及时行使权利，稳定现有的社会秩序，同时避免因时隔久远证据灭失，不利于民事纠纷的解决，该制度注重的是法的效率价值。在没有确凿证据的情况下，如果采纳信用社的主张，则王某须向信用社偿还贷款本息，其时效利益未得到依法保护——牺牲的是法的效率价值；而如果采纳王某的主张，则信用社的贷款本息不能收回，同时王某严重违背诚信的行为得逞，法官的错误判断纵容了不法行为——牺牲的是法的公正价值。假定前述两种错误的发生具有相同的可能性，应首先维护法的首要价值——公正，采纳信用社的主张，支持其诉讼请求。

11. 否认欠条为自己所写，是否应当承担举证责任？

【案情】

张某与霍某是多年的街坊，也是同事，两个人平时关系比较密切。不过，谁也没有想到，这两个老朋友竟然打起了官司。2004年8月，张某凭一张金额为5000元，落款人为霍某的欠条，到人民法院提起诉讼，要求霍某偿还欠款。霍某矢口否认该借条为自己所写，指责张某的行为属于敲诈。这可怎么办呢？法官提出对欠条进行笔迹鉴定。但张某和霍某都认为应当由对方申请鉴定和预交鉴定费用。

由于双方互相推诿，鉴定无法进行。

【要点】

本案所反映的是一方当事人对否认的事实是否要承担举证责任的问题。

【评析】

本案的关键在于霍某"关于欠条不是自己所写"的答辩究竟是一种事实主张，还是一种抗辩理由？这决定了由谁提出鉴定申请，并预交鉴定费用。如果霍某答辩是事实主张，那么他就负有证明自己主张事实成立的证明责任，应当申请笔迹鉴定。在其拒不申请鉴定的情况下，就应当承担举证不能的责任。如果认可其答辩是辩解理由，那么霍某无须再提出证据加以证明，不承担举证责任。

待证事实通常分为产生权利的事实、妨碍权利产生的事实和权利消灭的事实，谁主张相应事实，谁就应该对该事实加以证明。根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》，在合同纠纷诉讼中，主张合同关系成立并生效的一方当事人对合同订立和生效的事实承担举证责任；主张合同关系变更、解除、终止、撤销的一方当事人应对合同关系变动的事实承担举证责任。张某持欠条到法院提起诉讼，属于主张合同关系成立并生效的一方当事人，其待证事实是产生权利的事实，应承担合同关系成立并生效的举证责任。能否认为，张某向法庭出示了证据，证实了合同关系成立并已生效，完成了举证责任，霍某的反驳是一种事实主张，应当承担证明欠条是伪造的证据的举证责任呢？

对此，应当看到，在张某出示的欠条遭到对方否认的情况下，该欠条还不足以证明合同关系的成立，因为该欠条的真实性尚存在疑问。在这里，霍某关于"欠条不是自己所写"的答辩是一种辩解理由，而不是事实主张。依据民事诉讼的证明标准理论，民事诉讼的证明标准应当是一种盖然性的证明要求，这种盖然性应当是高度盖然性，就是说证据虽然没有达到使法官对待证事实确信只能如此

的程度，但已经相信存在极大可能或非常可能如此的程度。所以，在霍某提出上述答辩理由的情况下，张某持有的证据显然不能达到这种高度盖然性的证明要求，也就不能确认张某的证明责任已完成。

另外，在证据理论上待证事实还有积极事实和消极事实之分，对于积极的事实，主张该事实的一方当事人应承担举证责任，对于消极的事实，主张该事实的一方当事人无须承担证明责任，例如，一方当事人主张另一方当事人借款，另一方当事人辩称“没有借钱”，这是一种消极事实，另一方当事人不承担证明没有借钱的事实的证明责任。相反，若是一方当事人辩称“钱是赠与人无偿赠与”，则是一种积极事实，应承担证明他方赠与事实的证明责任。在本案中，张某主张欠条真实有效，这是一种积极事实的主张，所以，张某应承担达到证明责任，而且要达到高度盖然性证明标准的要求。相反，霍某辩解欠据非其所写，是一种消极事实，无须承担证明责任。

综上所述，在本案中，张某应当承担证明责任，提出鉴定申请，交纳预交鉴定费用。

12. 对还款凭据提出质疑，是否应当承担举证责任？

【案情】

苏某原是国有企业的销售人员，2000年下岗。下岗后，在街道办事处的帮助下，苏某办起了一家小型加工厂，请来自己的亲戚、朋友帮忙，生意做得还不错。张某是某商贸公司经理，经常从苏某处进货，双方成了生意伙伴。由于经常供货，货款不是当时支付，而是到一定时间结清。2004年5月至12月间，苏某让自己的表弟彭某负责给张某的公司供货。2005年1月初，彭某到张某的公司结货款，张某称资金紧张，暂缓支付。1月中旬，彭某离开了苏某的加工厂。2005年春节过后，苏某向张某催收欠款，张某称欠款已还，双方发生纠纷，苏某向人民法院提起诉讼。在答辩中，张某出示了彭某开具的收条。苏某否认自己收到了货款，同时对收条是否为彭某

出具表示质疑。但由于彭某离开苏某的加工厂后去向不详，苏某又不能提供彭某的笔迹，无法对该收条的真实性进行鉴定。

【要点】

本案所反映的是一方当事人对证据材料提出质疑，是否要承担举证责任的问题。

【评析】

在本案中，张某是否将所欠货款支付给了苏某，是本案的存疑事实。如果张某将所欠货款支付给了苏某的事实得以确认，本案即会迎刃而解。但是，能证明此存疑事实真相的唯一证据只有彭某出具的这张收条，且彭某外出后地址不详，苏某又不能提供彭某的笔迹样本，无法收集其他证据来证明收条是否客观真实。因此，由谁对收条是否客观真实承担举证责任，即成了正确解决本案纠纷的关键。

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第2条规定："当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。"这就是通常所说的"谁主张，谁举证"原则。根据该条的规定，有人认为，收条客观真实性的证明责任应由被告张某承担。理由是该案系一般民事纠纷案件，不属于实行举证责任倒置的特殊侵权案件，应按"谁主张，谁举证"的分配原则分配举证责任。既然被告张某主张该收条系彭某所出具，就应提供收条确系彭某所出具的相关证据。任何证据都须具备客观性、关联性和合法性，才能作为定案的依据。根据证据规则，证据"三性"应由提供证据一方负证明责任。本案对收条是否为彭某所出具存有疑问，就意味着提供证据一方尚未完成对收条这一证据具备"三性"的证明责任，因此，提供证据一方尚应当继续承担补充证明责任。否则，如该收条因是否客观、真实未得证明而得不到采纳，则举证不能的法律后果只能

由提供证据但未被采纳的一方承担。

这种意见对“谁主张，谁举证”原则的理解过于简单化。在审判实践中如何适用“谁主张、谁举证”的原则，正确地将举证责任分配给提出主张的一方承担，应当进行具体分析。就本案而言，双方争议的焦点是所欠货款是否已经清偿，被告张某主张已清偿，原告苏某则主张未清偿，双方均对欠款清偿与否提出了自己的主张，是显而易见的。为此，双方都负有对自己提出的主张提供证据加以证明的责任。在当事人双方针对案件的同一事实分别提出了肯定与否定的不同主张的情况下，首先应由提出肯定这一事实的一方举证，然后由另一方举证。被告张某主张欠款已清偿，提供了彭某的收条佐证。此时，原告苏某对被告张某提出的证据有异议，应由原告苏某承担提供反驳被告张某主张、并能证明自己主张的证据的证明责任。被告张某提供的收条是否具有证明力，并不影响原告苏某应承担的举证责任，以被告张某提供的证据的证明力未得到确认，要求其继续承担举证责任，并以此免除原告苏某的举证责任，在举证责任的分配上有失公平。在双方都负有举证责任的情况下，因证据本身无相关证据印证而难以确认真伪时，让提供证据的一方，而不是未提供证据的一方承担不能举证的法律后果，也不符合“谁主张，谁举证”的原则精神。

从举证责任负担的合理性来看，被告张某主张已清偿欠款，有第三人出具的收条佐证。如果第三人参加了诉讼，可当场承认或否认出具过收条，原告或被告如有异议，最简单有效的方法就是申请作笔迹鉴定，即可证明收条的真伪。如第三人彭某拒绝鉴定，只能由其承担举证不能的法律后果，不应要求被告补充举证。在第三人缺席的情况下，第三人的举证责任应转移给原告苏某负担。因为，从利害关系上看，第三人依附于原告苏某而与被告张某相对立，要求利害关系相同一方替代负担举证责任，显然比要求利害关系对立一方替代负担举证责任合理。而且，被告张某有充足的理由相信第三人彭某有权代理原告苏某收取欠款，由第三人出具收条而将货款交付第三人也符合情理。更何况原告苏某是第三人的雇主和亲戚，

较之被告张某更容易了解第三人的情况，更有条件收集、提供第三人笔迹。原告苏某既然不认可其雇员代理收款行为，那于情、于理、于法都应对其否认的主张负举证责任。

13. 欠条没有欠款人名字，举证责任应当由谁承担？

【案情】

严某是远近闻名的种粮大户。2004 年 3 月，严某给某粮行供应面粉，双方未即时结清货款。当时某粮行的梁某给严某出具了一张欠条：暂欠严某粮款 5000 元。落款为：某粮行。2004 年 12 月，严某以梁某为被告提起诉讼，请求判决梁某支付所欠粮款 5000 元。梁某以 5000 元欠条是受雇于某粮行期间代某粮行所写、自己并非该欠条的债务人为由拒付该欠款。梁某未就上述主张提供证据。严某除欠条外也未能提供其他证据。

【要点】

本案所反映的是欠条没有欠款人名字，举证责任由谁承担的问题。

【评析】

在本案中，严某主张落款为某粮行的欠条为梁某所写，梁某应支付欠款；梁某承认欠条为自己所写，但认为自己是代某粮行书写欠条，自己不是债务人，不同意支付欠款。而除了欠条之外，当事人双方均未提供其他证据。在这种情况下，谁应当承担举证责任，即是由严某承担“应由梁某对其所写欠条负责”的举证责任，还是由梁某承担“自己不应对所写欠条负责”的举证责任，决定着诉讼结果。对此，应当从以下几个方面分析。

首先，梁某对自己反驳严某诉讼请求所依据的事实应承担举证责任。严某举出欠条已经证明的事实是：自己为债权人；欠款额和欠款理由。欠条未证明的事实是：落款为“某粮行”名称的欠条为

谁所写，即梁某是否是欠条的行为人。通过庭审质证，梁某已经认可落款“某粮行”的欠条为自己所写，欠条行为人为梁某。欠条文字未证明的事实经过庭审质证得到证实。因此严某关于欠条的行为人是梁某的举证责任已经完成。行为人对自己的行为承担责任，这是众所周知的事实。故梁某作为完全民事行为能力的人，应对自己的民事法律行为承担民事责任，即梁某对自己以“某粮行”名义所写欠条形成的债务应由自己承担。

本案中持有欠条人为债权人，那么行为人即为债务人，严某证实了行为人也即证实了债务人。通过庭审中举证质证，欠条和双方陈述一致的事实，已经证明严某完成了自己作为欠条行为相对人应承担的举证责任，也即完成了对自己诉讼请求所依据事实的举证责任。梁某认为自己不应对自己出具欠条的行为承担责任，即行为人认为自己对自己的民事法律行为不应承担民事责任，这是行为人梁某为反驳行为相对人又提出的新的诉讼请求所依据的事实。其以新的事实反驳对方的主张应承担举证责任。梁某没有举证证明自己主张的事实，应承担不利后果。

其次，应由主张法律关系存在的当事人承担举证责任。在本案中，严某主张的是与某粮行之间不存在买卖关系（买卖双方实际上是严某与梁某），而梁某主张的是严某与“某粮行”之间存在买卖关系。严某主张梁某与“某粮行”之间不存在雇佣关系，而梁某主张其与“某粮行”之间存在雇佣关系。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第5条规定：“在合同纠纷案件中，主张合同关系成立并生效的一方当事人对合同订立和生效的事实承担举证责任；主张合同关系变更、解除、终止、撤销的一方当事人对引起合同关系变动的事实承担举证责任。……”因此无论梁某是主张严某与“某粮行”之间买卖关系成立，还是主张与“某粮行”之间雇佣关系成立，承担举证责任及其不利后果的均应为梁某，并非严某。

最后，是否代写应由主张有代理权的当事人承担举证责任。梁某书写了落款为“某粮行”名字欠条，故其为书写欠条的行为人。严某持有欠条，是出具欠条行为的相对人。落款“某粮行”名称的

欠条本身，只能证明书写欠条行为人使用了“某粮行”的名称，并未证明独立于书写欠条行为人和书写欠条行为相对人之外、还有单独参加欠条民事法律关系主体的第三人的存在，即并不能证明“某粮行”与书写欠条行为人梁某是分离的主体。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第5条规定：“……对代理权发生争议的，由主张有代理权一方当事人承担举证责任。”最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第49条规定：“……他人冒用法人、其他组织名义进行民事活动，……以直接责任人为当事人。”《民法通则》第66条规定：“没有代理权、超越代理权或者代理权终止后的行为，只有经过被代理人的追认，被代理人才承担民事责任。未被追认的行为，由行为人承担民事责任。本人知道他人以本人名义实施民事行为而不做否认表示的，视为同意。”根据上述规定，梁某陈述自己是某粮行的代写欠条人，有无代理权就应由梁某承担该举证责任。梁某没有举证证明自己有代理某粮行的权利，也未证明自己是职务代理行为，即没有证据证明自己是代理他人书写欠条，也没有证据证明他人追认自己书写欠条的行为，那么梁某书写落款为“某粮行”的欠条，其本人就为该欠条当事人，由其本人承担该欠条责任。

14. 借条和承诺还款的时间均未注明年份，举证责任由谁承担？

【案情】

2003年10月，朱某以借条为据，起诉王某还款5万元。诉状称：2001年6月3日，王某因缺钱向我借款5万元，并出据借条一张，但借条上只写了“6月3日”，未写年。同年催收时，王某在借条的右上角写明“12月底归还”。但王某到期仍不还款，请求判令王某归还借款本金5万元及支付逾期利息。王某辩称，借款是在2000年6月3日而非2001年6月3日，“12月底归还”也写于2000年，朱某的起诉已超过2年诉讼时效，请求判决驳回其诉讼请求。

庭审中，朱某承认借条写于2000年，但坚持“12月底归还”系2001年向王某催收时书写。当事人双方均未申请对借条进行鉴定。

【要点】

本案所反映的是借条未注明年份的，举证责任由谁承担的问题。

【评析】

在本案中，借款人出具的借条和后来加注的承诺还款的时间，都没有注明年份。而借款人认为出借人在承诺还款的时间届满两年后起诉，已经超过了诉讼时效。在这种情况下，应当由谁承担举证责任呢？在此，首先要澄清以下两个问题：

第一，在本案中，王某在借条上加注的“12月底归还”没有写“年”，能否据此认为当事人约定的债务履行期限不明确，根据《合同法》第62条第4项“履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时要求履行，但应当给对方必要的准备时间”的规定，认为朱某随时可以要求王某还款，王某以时效抗辩的理由不能成立呢？《合同法》第62条规定：“当事人就有关合同内容约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，适用下列规定……”可见，适用第62条的前提是“依照第六十一条仍不能确定时”。而《合同法》第61条规定：“合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。”《合同法》第206条也规定：“借款人应当按照约定的期限返还借款。对借款期限没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，借款人可以随时返还；贷款人可以催告借款人在合理期限内返还。”故当借款期限没有约定或约定不明时，先要依据“合同有关条款或交易习惯”来确定，而不能直接得出债权人可以随时主张权利的结论。

第二，在当事人均未申请鉴定的情况下，能否由法院主动委托鉴定，以证明借条和加注的承诺还款时间的年份呢？答案是否定的。

法院委托鉴定，应依据当事人的申请，主动委托于法无据。理由是：(1) 鉴定结论也是证据材料之一，应适用有关证据方面的规定。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》）第二部分“人民法院调查收集证据”，只规定法院根据当事人的申请委托鉴定，并没有赋予法院主动委托鉴定的权力。(2) 法院主动委托的实质就是依职权调查取证，《证据规定》对法院依职权进行的调查事项予以了严格限制。第15条规定：“《民事诉讼法》第六十四条规定的‘人民法院认为审理案件需要的证据’，是指以下情形：（一）涉及可能有损国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的事实；（二）涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等与实体争议无关的程序事项。”因此，法院依职权调查收集证据的范围，仅限于涉及公益或诉讼程序的事项，而本案争议的事实显然不在其列。即便当事人申请法院取证，法院也不能有申请就去，《证据规定》对此也作了限制。《证据规定》第16条规定：“除本规定第十五条规定的情形外，人民法院调查收集证据，应当依当事人的申请进行。”第17条规定：“符合下列条件之一的，当事人及其诉讼代理人可以申请人民法院调查收集证据：（一）申请调查收集的证据属于国家有关部门保存并须人民法院依职权调取的档案材料；（二）涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的材料；（三）当事人及其诉讼代理人确因客观原因不能自行收集的其他材料。”而且，本案双方当事人都已丧失申请鉴定的期间。《证据规定》第25条第1款规定：“当事人申请鉴定，应当在举证期限内提出。”本案双方当事人在举证期间都没有提出鉴定申请，在庭审结束前也没有提出。负有举证责任的一方未申请鉴定，系对自己义务的不作为，也是对其权利的漠视和放弃。《证据规定》第25条第2款规定：“对需要鉴定的事项负有举证责任的当事人，在人民法院指定的期限内无正当理由不提出鉴定申请或者不预交鉴定费用或者拒不提供相关材料，致使对案件争议的事实无法通过鉴定结论予以认定的，应当对该事实承担举证不能的法律后果。”

对本案的正确处理，应当是首先确定当事人的举证责任，而后

由负有举证责任的一方承担举证不能的诉讼后果。

首先，朱某主张“12月底归还是2001年书写”，系将还款时间确定在2001年12月31日前，引起了合同内容的变更，即还款时间的变更，根据《证据规定》第5条“在合同纠纷案件中，主张合同关系成立并生效的一方当事人对合同订立和生效的事实承担举证责任；主张合同关系变更、解除、终止、撤销的一方当事人对引起合同关系变动的事实承担举证责任”的规定，朱某应对“2001年书写”承担举证责任。

其次，朱某在诉状中陈述“借款和催收在同一年（即2001年）”，王某也承认发生在同一年（即2000年），但在开庭时朱某又改称借款与催收不是同一年，即“借款发生在2000年，催收在2001年”。如果不考虑具体的“年”份，朱某诉状陈述的“借款和催收在同一年”与王某的抗辩相符，构成“先行自认”，客观上有利于王某。根据《证据规定》第74条：“诉讼过程中，当事人在起诉状、答辩状、陈述及其委托代理人的代理词中承认的对己方不利的事实和认可的证据，人民法院应当予以确认，但当事人反悔并有相反证据足以推翻的除外。”故朱某应为其反悔承担举证责任。

再次，王某“催收与借款发生在同一年”的抗辩符合书写习惯。“12月底归还”未写“年”而引发争议，属时间不明，即履行期限不明确。根据《合同法》第61条：“合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。”首先应由原告朱某与王某就书写时间进行协商，协商不成，则“按照合同有关条款或者交易习惯确定。”由于本案的合同就是借条，从“12月底归还”上无法推测出催收时间，因此，只能按“交易习惯”来确定。本案的“交易习惯”就是书写习惯。按照书写习惯，两个时间写在一起而都只写月、日而无“年”时，这两个时间一般发生在同一年；如果不是同一年，应当加以区分，这是生活常识。王某在出据借条时没有写“年”，朱某在催收时王某也没有写“年”，按照习惯，还款与借款的时间一般是同一年。否则，出借人

自应要求借款人写明“2001”，正是因为发生在同一年，才会都省略书写“年”，这种写法符合书写习惯。朱某已经承认借款时间是2000年，因此催收也应推定是2000年。

最后，催收时未明确“年份”这一重大事实，由朱某承担举证责任符合风险分配理论。如果朱某在2001年催收，王某写“12月底归还”，与借款时间“6月3日”都未写“年”，按照一般生活常识，朱某应叫王某加补，从而避免本案的诉讼风险，或者在王某借款后不按期归还时及时起诉（即便王某真承诺2001年底归还，朱某于2003年10月起诉，也存在怠于行使权利之嫌），正是因为朱某对自己权利的漠视，才产生争议结果。根据“谁能以最小的代价避免风险就由谁承担风险”的原则，本案也宜由朱某承担不利后果。

综上所述，“12月底归还”未写明“年”，应由朱某承担举证责任。朱某未能举证证明“12月底归还是在2001年书写”，根据《证据规定》第2条：“没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果”的规定，应当承担不利的诉讼后果，判决驳回其诉讼请求。

15. 欠款人对代签欠条不予认可而代签人又未出庭的，应当如何认定？

【案情】

本案所反映的是某公司与经营家电的个体户张某存在业务往来关系。由于经营中的不规范，某公司向张某供货时，双方很少订立书面合同，基本是通过电话进行口头约定。2003年2月至10月间，某公司陆续向张某供货，货款除当时结清的外，由收货方出具欠款条，共有7张欠条，欠款合计63000元。但由张某亲笔签写欠条的只有3份，共计35000元，其余4份欠条据某公司称是由其写好欠款内容后由张某的儿子张某某在落款处代签“张某”的姓名，证明张某欠款。2004年1月，某公司因在催收欠款的过程中与张某发生纠纷，向人民法院起诉，要求法院判令被告张某立即给付所欠货款

63000 元，并承担案件的诉讼费用。在该案的审理过程中，被告张某除认可 3 份由张某亲笔签写的欠条外，表示不清楚其儿子代签欠条的情况，对其余 4 份欠条上的签名“张某”以及欠款内容均不予认可。而原告某公司除了欠条证据外，没有提供其他任何书面证据。张某某也未到庭参加审理。

【要点】

本案反映的是欠款人对代签欠条，不予认可而代签人又未出庭的如何处理的问题。

【评析】

在本案中，被告张某对某公司出示的由其子代其签名的 4 份欠条不予认可，而其子张某某又未到庭参加审理，某公司除了欠条外未能提供其他证据证明欠款的事实。在这种情况下，对 4 张代签欠条的效力应当如何认定，成为本案的关键所在。

根据我国《民事诉讼法》和有关司法解释的规定，民事诉讼遵循“谁主张，谁举证”的一般原则。在本案中，原告某公司主张的事实是其与被告张某有供货的业务关系、被告张某欠其货款 63000 元。为证明该事实，某公司向法庭提供了 7 份欠条，欠条在此起到了证据的作用。

该 7 份欠条能否证明原告所陈述的被告欠款 63000 元的事实，必须由法庭根据证据法律规则进行审核认定。法庭对证据的认定，一般要经过组织原、被告双方进行举证、质证，再由法官进行认证的程序。本案原告举出了欠条证据，被告的质证意见是认可 3 份由其亲笔签写的欠条，但否认由他人代签的其余 4 份欠条。此时，就须由法官对这 4 份欠条加以认证。根据证据认定的一般原则以及最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》，对证据的审核认定应从证据的真实性、合法性、关联性三个方面来判断分析。首先应审查本案原告提供的 4 份欠条有无真实性。在被告儿子张某某未到庭陈述认可的情况下，法官是无法确认该 4 份欠条系由张某某所签的。

此时，欠条的真实性本身就成了待证的对象，因而证明欠条的真实性成了认定欠条证据的前提。但本案在被告推脱否认的情况下，要由原告来证明欠条的真实性是有相当大的难度的。一是张某某可能故意回避，原告要找到其就已经有难度；二是即使原告能找到张某某，要其作出不利于其父、不利于己的事实证明或陈述，难度可想而知。第二要审查本案原告提供的 7 份欠条有无合法性，即是说即使张某某承认是由其代父签的欠条，也存在着一个委托代理和授权委托的法律关系问题。在被告矢口否认的情况下，张某某代其父写欠条，必须要有其父的委托授权才能证实其效力。只有经过了合法授权的行为，才能对被告产生法律约束力，所产生的法律责任才能由被告来承担。否则，如果构不成相当于有权代理的表见代理，将不能要求被告对这 4 份欠条负责。本案中既然被告已经否认了其儿子的“代签”行为，按一般常理，再要其承认对张某某的“代签”行为有过授权，客观上已经是不可能的了。第三要审查 4 份欠条与本案的关联性，所谓关联性是指证据反映的事实与本案事实主张、诉讼请求有不可分割的法律关系，依据该证据足以认定事实并作为定案的根据。证据只有具备了关联性，其真实性、合法性才有存在的意义，而证据的关联性又是以证据的真实性和合法性为前提的。证据的“三性”相辅相成，紧密结合，缺一不可。本案如果欠条的真实性和合法性都不能证实，要认定其关联性是不客观的，也显然没有必要、没有意义，此时其关联性便无从得以认定。通过对以上证据“三性”的分析，可以看出，根据原告某公司目前提供的证据的欠款，法官很难对这 4 份欠条加以确认，只能作出否定性的认证结论。

本案反映了一些企业在市场经济中因法制观念淡薄而不规范经营的现象，他们欠缺法制的意识和法律常识，不严格依法办事，从而引发经济纠纷。在市场经营中为图省事、省钱（如避税）而不订合同，不办理业务往来的手续，不开具供货的税务发票，业务往来不做账。多通过电话，采取口头交易形式，订货、送货、收货等业务往来中缺乏必要的书面手续（如合同、订单、传真、电报、货单、

发票等），催款时也意识不到办理书面要款、结账手续的重要性，或注意不到应与对方有权人员（如法定代表人、负责人、有授权的业务员、经办人或其他代理人）办理手续。这些做法在不少企业，尤其是一些私营、乡镇、个体企业已经成了交易习惯。俗话说“亲兄弟，明算帐”，手续一定要“清爽”。否则，因平时的疏忽，一旦形成法律纠纷、对簿公堂，在无法提供有效证据时，往往会产生诸如本案中的欠款事实、诉讼主体、责任主体等方面的争议纠缠，还会产生诸如质量异议、客户索赔、经济损失等等方面问题的扯皮推诿现象。当事人很有可能将要为其法制意识的淡薄和疏忽而耗时费力地打起“疲劳”官司、“徒劳”官司，或者“连锁官司”、“马拉松官司”，并为其法制意识的淡薄和疏忽而付出“买单”的代价。

16. 仅有证人证言和录音带但没有借据，能否认定借款事实存在？

【案情】

2004 年 8 月，老实忠厚的张某在忍无可忍的情况下，一纸诉状将自己多年的老朋友许某告到了法院。张某诉称：自己曾在 2002 年 8 月和 11 月以及 2003 年 5 月分别借给许某 3 笔钱，分别为 10000 元、5000 元和 10000 元。2003 年 4 月，许某偿还了 10000 元。从此以后，对借款绝口不提，自己曾向其多次索要，许某均以种种借口推脱。由于两人是多年的老朋友，当初借钱时碍于情面，没有打借条，现请求人民法院依法判决许某清偿拖欠的借款。张某向人民法院提供了多名证人的证言，证明上述事实，同时还提供了一盒偷录的向许某要钱时发生争吵的录音带。许某承认自己曾向张某借款 10000 元，但主张自己已经偿还。对张某主张的其他借款予以否认。对张某提供的上述证据，许某辩称：张某提供的证人证言是伪证，录音带是在自己还钱以前录下的，录音带可人为剪辑、拼凑，不能反映案件事实，没有辅证作用。张某提出许某可以申请鉴定，如录音带有假，自己愿意给付 5 倍的赔偿。许某未提出鉴定申请。在这

种情况下，法庭根据张某申请，委托有关机构对原、被告进行心理测试，报告显示：双方在 10000 元的次数上，对“两次”有相对一致的记忆。

【要点】

本案所反映的是仅有证人证言和录音带能否对案件的事实认定的问题。

【评析】

在本案中，张某虽然不能为其主张提供直接证据：借款人出具的借条，但其提供的证人证言、录音带等间接证据和心理测试结论相互印证，已经形成了较为完整的证据链条，证明其主张的事实具有较高的可信度，也就是具有高度的盖然性。因此，可以认定许某借款 15000 元未还的事实。理由如下：

第一，张某与许某是多年的好朋友，出于多朋友的信任，在借款时未要求对方出具借条，是在情理之中的。

第二，张某向法庭提供的录音带证明双方有借贷关系，而且许某有借款未还的行为。双方为此曾发生矛盾。而且，在张某提出如果录音带有假，自己愿意加倍赔偿的情况下，许某未申请鉴定，由此可以推定许某有较大的撒谎概率。

第三，心理测试的结论显示：当事人双方在 10000 元的次数上，对“两次”有相对一致的记忆。这与张某的陈述相符合，许某有撒谎的可能性。

根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第 73 条第 1 款“双方当事人对同一事实分别举出相反的证据，但都没有足够的依据否定对方证据的，人民法院应当结合案件情况，判断一方提供证据的证明力是否明显大于另一方提供证据的证明力，并对证明力较大的证据予以确认”的规定，本案中，当事人双方对自己主张的事实都没有提供确凿的证据，但张某提供的证据证明其主张的事实具有较高的可信度，在盖然性上明显优于未提供任何证据、仅凭

空主张借款已经偿还的许某。因此，可以认定张某主张的许某借款未还的事实。

17. 当事人对证据形成原因的陈述自相矛盾，是否应当继续举证？

【案情】

2003年5月15日傍晚，郑某下班回家，在路上遇到了邻居孙某。孙某看上去一副忧心如焚的样子。郑某连忙停下来问他发生了什么事。孙某说，自己借了一笔钱，债主正堵在家里追债。自己跑遍了亲戚朋友家，也筹不到钱还债，债主又不肯走。郑某连忙问欠了多少钱。一听孙某说有3万多，郑某也犯了难，自己也拿不出这么多钱来。孙某提出由郑某打一张假的欠条给自己，让自己用这张欠条应付一下债主，再还给郑某。郑某看孙某着急的样子，二话不说，就写下了一张欠条，说明自己欠孙某4万元钱，并署上了自己的名字和当天的日期。可郑某没有想到，一周后，孙某就是凭这张欠条将自己告到了法院，要求自己还钱。接到孙某的起诉状，郑某气得说不出话来。他当即找到了孙某，指责他恩将仇报，但孙某一口咬定郑某欠了自己钱。郑某怀着满腔气愤写了答辩状，陈述了事情的原委，但他却拿不出任何证据来证明自己所说的事实。郑某觉得自己是有理说不清，多半要吃哑巴亏了。但事情突然有了转机。孙某在起诉状中先是诉称：郑某是在2003年5月借款的当天向自己出具的欠条。但在庭审过程中，孙某又改称：郑某在2001年至2002年间多次向自己借款，均未出具借条，借条是在2003年5月一次性出具的。郑某认为孙某的陈述自相矛盾，有悖常理，请求法庭驳回其诉讼请求。

【要点】

本案所反映的是当事人对证据形成原因的陈述自相矛盾是否应继续举证的问题。

【评析】

在本案中，孙某先是声称欠条是在2003年5月借款的当天出具的，此后又声称欠条是针对此前两年间的多次借款一次性出具的。两次对欠条形成原因的陈述自相矛盾。在这种情况下，对其出具的欠条的证据效力如何认定呢？即是依据该欠条认定本案的事实，还是要求孙某继续举证。这是本案的关键所在。

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第2条规定："当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。"当事人在庭审中对以前的事实陈述作实质内容的重大改变或事实陈述前后严重矛盾的，属于新的形成事实主张，应就新的事实陈述（主张）提供相应的证据，否则在被告未认可的情况下不能予以确认。孙某在庭审中的陈述否认了在答辩中对欠条形成原因的陈述，不能再以2003年5月借款的事实陈述来说明欠条。因此，孙某必须就其新的出借事实的陈述举证。在孙某新的事实主张得到证明之前，其所持的欠条成因不明，处于待证状态。也就是说孙某的诉讼请求所依据的事实处于不明状态。

孙某前后两次陈述自相矛盾，又因没有证据而不能自圆其说。按照一般的生活经验和常理分析，出借4万元的民间个人借款应属"大事"，向法院起诉追款也是"大事"，在庭审中陈述事实更是"大事"，但孙某对何时借出款的基本事实都不能确定，在严肃的诉状中竟不能表述清楚借款的确定时间和经过，两次陈述的出借时间和经过情况迥然不同，显得儿戏。孙某改变事实主张可能基于以下原因：一是民间大额无息借贷完全出于信任；二是孙某在借款一周后即起诉，不合情理。

本来，孙某手持"欠条"并将诉讼请求建立在特定的"借款"的法律关系和事实主张基础上。借款的说法本身也可与欠条互相印证，有欠条确实无须再证实什么，因而孙某已经完成了事实主张的

责任和为之提供证据的举证责任。郑某在空口无凭的情况下，要以“自己是应孙某的请求打的假借条”来反驳或抗辩几无可能。法官完全可以凭借高度盖然性原则，确信和认定孙某陈述的事实发生的概率和可信度较高，认定当事人双方因借款的法律关系而产生了欠款的债权债务事实，从而支持孙某的请求，而由郑某承担举证不利的责任，孙某本已胜券在握。但在郑某的反驳下，“自作聪明”的孙某改变了关于事实的主张。前后两次事实主张截然不同，一方面印证了郑某的观点，一方面又是对自己原先事实陈述的否认。孙某在欠条形成事实的陈述上前后矛盾、自我否认，作为民间大额借贷事实亲身经历的当事人，自己都不能确定或保证自己关于借款事实经过的说法，在其不能自圆其说的情况下，又如何能让法官采信其说法？这就导致了欠条证明力的下降，一张欠条不可能同时印证两次截然不同的事实主张，欠条只能有待于就新事实主张而提供的证据来证明，欠条本身不再足以证明被告向原告借款的事实。此时，孙某就必须为此继续补充证据，也就是说举证责任开始转移由孙某承担。在其不能提供新的证据的情况下，只能承担举证不能的责任。

18. 当事人无正当理由拒不到庭的，应否对其提交的证据进行质证？

【案情】

宋某向人民法院提起诉讼，称王某向其借款5000元，至今未还，请求人民法院依法判决其偿还借款。人民法院立案受理后，即向王某送达了应诉手续，王某在举证期限内向法庭递交了答辩状，称借款已经偿还，同时附送一张宋某签名的收条。在法庭适用简易程序开庭审理该案时，王某经法院传唤无正当理由拒不到庭参加诉讼。

【要点】

本案所反映的是当事人无正当理由拒不到庭，对其提交的证据

怎样质证的问题。

【评析】

《民事诉讼法》第66条规定“证据应当在法庭上出示，并由当事人互相质证。”最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第47条第1款规定：“证据应当在法庭上出示，由当事人质证。未经质证的证据，不能作为认定案件事实的依据。”证据出示是指在庭审过程中，当事人向法庭和对方当事人展示证据的行为。在本案中，王某无正当理由不到庭参加审理，那么，其向法庭提交的证据还要不要进行质证呢？如果进行质证，应由谁向法庭和对方当事人出示证据呢？

最高人民法院《关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》第30条第1款规定：“原告经传票传唤，无正当理由拒不到庭或者未经法庭许可中途退庭的，可以按撤诉处理，被告经传票传唤，无正当理由拒不到庭或未经法庭许可中途退庭的，人民法院可以根据原告的诉讼请求及双方已经提交给法庭的证据材料缺席判决。”根据上述司法解释的规定，在被告缺席的情况下，人民法院可以根据原告的诉讼请求及双方在举证期限内提交的证据材料缺席判决。

既然被告提交的证据可以作为认定案件事实的依据，该证据就应当进行质证。在这种情况下，法官应将被告的答辩状或向法庭提供的证据材料出示给对方当事人，由原告对被告的辩论理由和证据材料进行质证，再由法官根据查清的案件事实作出判决。因此，本案中，王某提交的证据应当由法官向宋某出示，由宋某当庭质证。

19. 故意否认对方提供的真实合同，应当如何处理？

【案情】

某商贸公司与张某签订了供货合同，将一批最新款式的夏季时装以批发价卖给张某。此后，有其他商家与该商贸公司洽谈，以更高的价格求购该批夏季时装。某商贸公司遂将该批时装转售给其他

商家。2004 年 10 月，张某向人民法院起诉，要求某商贸公司承担违约责任，赔偿自己的经济损失。张某向法庭提交了双方签订的销售合同作为证据。在庭审质证过程中，某商贸公司的诉讼代理人称：该公司并未与张某签订合同，合同系张某伪造。张某向法庭提出了鉴定申请。经鉴定，合同上的某商贸公司法人代表的签名和印章均为真实。人民法院依法认定某商贸公司与张某签订的销售合同真实、合法、有效，该公司违反合同义务，应当承担违约责任并赔偿张某因此而受到的经济损失。那么，对某商贸公司在当庭质证过程中故意否认对方提供的真实证据的行为，应当如何认定和处理呢?

【要点】

本案所反映的是一方当事人故意否认对方提供的真实证据应当如何处理的问题。

【评析】

本案所反映的是在民事诉讼过程中，当事人一方对对方当事人提出的明知是真实的证据故意予以否认。对于这种行为应当如何定性和处理的问题。

我国《民事诉讼法》第 64 条第 1 款规定："当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。"最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第 2 条规定："当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。"这就是通常所说的民事诉讼中的"谁主张，谁举证"的原则。在民事诉讼中，举证责任首先表现为提供证据的责任。主张法律案件事实的一方当事人向法庭提交一定的证据后，案件事实逐渐得到澄清，对方当事人必须提出反证来削弱本证的证明力。反证提出后，另一方当事人就必须提供新的证据以证明其主张的法律案件事实。这种本证、反证、再证明、再反证的过程使案件得以彻底查清。但在实际诉讼过程中，一方当事人举证后，

对方当事人可能并不提出反证，而是直接否认本证的效力，对本证的真伪提出质疑。伪证在诉讼过程中确实存在，但现在的问题是有些证据是在抗辩方亲自参与下形成的，抗辩方出于种种原因而对该证据加以否认，例如甲向乙借款，甲出具了由其签名的借据，乙提起诉讼要求甲还款，甲却否认借款事实的存在，称借据上的签名是对方伪造的，通过鉴定或者诸多旁证的证明，证实乙所提供的借据是真实的。再如，双方当事人签订的合同，一方当事人对明明是自己单位加盖的合同专用章，却在审理中称单位从未使用过该公章。这种违反诚实信用原则，在明知证据是真实的情况下却故意加以否认的行为，属于在诉讼过程中对真实证据恶意抗辩的行为。界定这种行为，需要从以下几个方面进行分析：

首先，这种恶意抗辩行为的主体只能是案件的当事人，而不涉及其他案外人。这是因为这些证据是其亲身经历、亲自感知的，至于案外的其他人作证时对该证据进行否认的行为则不能认定为恶意抗辩。对于证人证言，人民法院在采纳时必须结合本案的其他证据进行认真审核才能作为定案依据。这是由证人证言的特殊性决定的。证人证言是证人主观对客观的认识和反映，受人的主观影响较大，证人在感知、记忆和陈述案件情况过程中，充满着主客观的矛盾，其认识过程既受证人主观因素的影响，也受外在客观因素的制约。由于客观事物本身的复杂性，以及证人本身的感受能力、记忆能力等原因，使证人证言的情况比较复杂，因而证人提供的证言有两种情况，一是证人故意伪造证言；二是证人无意中提供了失实的证言。对证人故意伪造证言的应当按照做伪证加以处罚。

其次，行为人的恶意抗辩在主观上是故意的，即明知是真实的证据而加以否认，通过鉴定或者诸多旁证能够证明该证据的真实性。同时，这种恶意抗辩行为应当与当事人的虚假陈述区别开来。当事人的陈述是指诉讼当事人就他们感知、理解和记忆的有关事实向法庭所作的陈述。当事人的陈述往往具有两面性，即“真实性”与“虚假性”共存。当事人作为当事人陈述的证据来源，是发生争议的实体法律关系的主体，大都是案件事实的经历者，是导致引发争议

的实体法律关系发生、变更和终止的行为的实施者，因此，他们对案件情况了解最全面、真切，陈述具有可信的一面；另一方面，是虚假性，这是因为当事人是案件的利害关系人，案件处理的结果关系到他们的直接利益并有较强的胜诉的欲望。当事人在利己主义心理的作用下，在其陈述中对自己有利的地方，可能夸大甚至虚构，对不利的情况加以隐瞒，从而使陈述可能有虚假的成分。

再次，行为人的恶意抗辩行为是增加诉累的行为。就像前面所述的图章真伪的问题，当一方当事人已经举出双方债权债务关系存在的证据，由于另一方当事人对自己使用过的图章加以否认，主张权利的一方不得不举出另一方确实使用过该图章的证据。而这种举证行为往往很困难，有可能承担败诉的风险。再如借贷案件，一方当事人在另一方对借据上的签名予以否认时，不得不进行鉴定或者查证，从而增加了当事人的诉累。

最后，行为人恶意抗辩行为是发生在诉讼过程中的行为。在诉讼以外的则属于当事人抵赖和狡辩的行为，是应当受到道德谴责的行为，而在诉讼过程中的这种行为则是妨碍诉讼的行为，应当受到法律的追究。因为这种行为已经妨碍了正常的诉讼秩序。人民法院审理民事案件，是依法行使国家审判权，严格按照民事诉讼法律规定的程序进行的。为了能够保证诉讼任务的顺利完成，使人民法院得以正确、合法、及时地处理民事案件，保护当事人的合法权益，需要在整个诉讼过程中始终保持良好的诉讼秩序。这就要求案件当事人和其他诉讼参与人要正确地行使诉讼权利，履行诉讼义务，并且自觉地维护诉讼秩序，尊重人民法院依法进行的审判活动，不得对其进行干扰和破坏。在司法实践中，由于一些当事人法制观念淡薄，加之当事人之间对立情绪严重，往往为了取得非法利益或者逃避法定义务，作出一些妨碍民事诉讼秩序的行为，使人民法院的正常审判活动受到干扰，如有些当事人提供伪证和指使他人为自己作伪证，有些当事人私自变卖由人民法院查封的财产等。凡此种种，都严重地妨碍了民事诉讼活动的正常进行。而恶意抗辩的当事人为了使法庭作出对自己有利的判决，采取种种不正当手段对真实的证

据竭力加以否认，致使法庭无法得知事实的真相，也影响审判的正常进行，妨碍了民事诉讼秩序。对这种行为理应采取强制措施加以制止。[①]

在本案中，某商贸公司对其与张某签署的销售合同予以否认，显然是一种为了逃避法律义务而进行的恶意抗辩行为。张某为了证明该证据的真实性，不得不申请鉴定，经鉴定，合同上的公司法人代表签名和印章均为真实。某商贸公司的故意否认真实证据的行为，既增加了当事人张某的诉累，又妨碍了人民法院民事审判活动的正常进行。对这种行为应当在法律上给予追究。我国《民事诉讼法》第102条第1款第1项规定："诉讼参与人或者其他人有下列行为之一的，人民法院可以根据情节轻重予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任：（一）伪造、毁灭重要证据，妨碍人民法院审理案件的；"伪造证据是指当事人故意制造虚假的不真实的证据的行为，而恶意抗辩是指当事人对真实的证据故意否认的行为。两者从本质上是相同的，是一个问题的两个方面。在主观上，两者都有不诚实的行为，均是故意为之。在客观上，两种行为都增加了当事人的诉累，扰乱了正常的诉讼秩序。但目前我国《民事诉讼法》和有关司法解释对故意否认真实证据的抗辩行为尚未作出规定，根据"法无明文规定不为罪"的原则，这种行为尚不能按照犯罪处理。但由于其具有的社会危害性和对诚实信用原则的严重违背，从维护法律尊严和社会正义的角度，又绝不能放纵这种行为，可以对其处以罚款，也可以由人民法院当庭申斥或者责令其具结悔过。

20. 以非法手段取得的证据，应当如何处理？

【案情】

文某曾因家里有急用向方某借款5000元，由于两人平时关系不错，没有出具借条。后来文某迟迟不归还借款，双方为此发生矛盾。

① 丁巧仁主编：《民事诉讼证据制度若干问题研究》，人民法院出版社2004年版，第356～364页。

2004 年 10 月，方某向人民法院起诉，要求文某履行还款义务。由于手里没有借条，为了取得证明文某向自己借款的证据，方某于深夜多次潜入文某家中，对文某和妻子的谈话进行录音。方某向法庭提交了该证据。在质证过程中，方某承认该证据是自己私自进入文某家中录音取得的。该证据能作为有效证据使用吗？

【要点】

本案所反映的是以非法手段取得的证据如何处理的问题。

【评析】

《民事诉讼法》第 63 条规定：“证据有下列几种：（一）书证；（二）物证；（三）视听资料；（四）证人证言；（五）当事人的陈述；（六）鉴定结论；（七）勘验笔录。以上证据必须查证属实，才能作为认定事实的根据。”录音证据属于上述视听资料的一种。最高人民法院在给河北省高级人民法院的批复中（法复 1995 第 2 号）规定：“未经对方当事人同意私自录制其谈话，系不合法行为，以这种手段取得的录音资料，不能作为证据使用。”从而否定了私自录制的录音资料的证据资格。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》）第 70 条第 3 项规定：“一方当事人提出的下列证据，对方当事人提出异议但没有足以反驳的相反证据的，人民法院应当确认其证明力：……（三）有其他证据佐证并以合法手段取得的、无疑点的视听资料或者与视听资料核对无误的复制件；”第 82 条规定：“本院过去的司法解释，与本规定不一致的，以本规定为准。”从上述规定可以看出，对录音资料能否作为证据使用，批复以“经对方当事人同意”为条件；而《证据规定》则代之以“以合法手段取得”。换言之，私自制作的录音资料，只要采集手段不损害对方的合法权益和公共利益及其他人的利益，就可以作为证据使用，但必须有其他证据佐证，录音资料本身不存在疑点，而且对方当事人没有足够证据进行反驳。批复与《证据规定》相抵触，应当以《证据规定》为准。

在本案中，方某提供的录音资料能否作为有效证据使用，即能否作为法官认定案件事实依据，关键就在于其是否“以合法手段取得”的。根据《证据规定》第68条的规定，“以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据，不能作为认定案件事实的依据。”由于通过非法手段取得的证据资料，不仅违反了法律规定，而且还可能导致侵犯人权或者法律所保护的其他社会公共利益。所以，司法解释确立了非法证据的排除规则，即法官必须依法排除非法取得的证据，不得将其作为认定案件事实的依据。本案中，方某为取得文某向其借款的证据，私自潜入文某家中，对文某与其妻子的谈话进行录音，严重侵犯了文某的合法权益，该证据取得的手段是违法的，按照司法解释的规定，属于非法证据，不能作为认定案件事实的依据。

21. 公安机关的调查笔录能否作为民事证据使用？

【案情】

霍某是一名成功的生意人。由于生意需要，经常在外面应酬。2004年10月的一天晚上，霍某驾车载着几个生意场上的朋友到某夜总会娱乐。将车停放在该夜总会的停车场后，霍某和朋友一起进去唱歌。凌晨时分，霍某和朋友准备驾车离开时发现车已经不见了。霍某当即找到夜总会的负责人并向110报警。此后，霍某与某夜总会就赔偿问题发生纠纷。霍某向人民法院提起诉讼，认为某夜总会没有有效地履行对顾客车辆的保管义务，导致其车辆丢失，要求某夜总会给予赔偿。某夜总会答辩称：该夜总会对在停车场停放的车辆均会出具载有停车位和车辆牌号的停车凭证。车主到夜总会消费后，持消费凭据才能到停车场取车，否则必须支付停车费。但霍某没有任何停车凭证或者支付停车费的凭证，不能证明其曾在该夜总会的停车场停放过车辆，因而拒绝承担赔偿责任。霍某向人民法院提供了车辆丢失当天公安机关制作的调查笔录。笔录显示：夜总会停车场工作人员证实，在车主指认的停车位置，当晚曾有一辆桑塔

纳2000停放，未向车主出具停车凭证。车辆于当晚24时左右被人开走，凌晨2时左右，车主声称车辆丢失。

【要点】

本案所反映的是民事诉讼中，公安机关为办案需要制作的调查笔录能否作为证据使用的问题。

【评析】

我国《民事诉讼法》第63条规定："证据有下列几种：（一）书证；（二）物证；（三）视听资料；（四）证人证言；（五）当事人的陈述；（六）鉴定结论；（七）勘验笔录。以上证据必须查证属实，才能作为认定事实的根据。"而所谓调查笔录，是司法机关或者诉讼代理人为了查明案件事实，向了解案件情况的公民进行询问，并根据询问情况制作的记录。它既不同于书证中的公文书证，也不同于证人证言，是一种特殊的笔录类证据。调查笔录具有以下几个方面的特点：（1）取证主体的法定性。向了解案件情况的相关人员调查并制作笔录必须由相关的法定主体进行。在取证的主体方面有严格的限制。（2）制作过程的客观性。调查笔录的内容必须与被调查人员的陈述相一致。制作完成的调查笔录必须经过被调查人员签字确认。（3）制作内容的主观性。制作调查笔录因调查主体的不同，在笔录内容的取舍上会有所不同。调查人员在听取被调查人的陈述时，可能对一些认为与案件事实有关的内容作详细的记录，对一些他认为无关的内容予以省略。在对相关内容的识别上，可能会因调查人员主观认识上的差异而不同。调查主体的不同，对取证的侧重点也不同，反映在调查笔录的内容上，会有人为的取舍。（4）制作要求的规范性。调查笔录有一定的格式要求，要有规范的签字、捺印。在调查人员的人数上也有法定的要求。

综合以上分析，调查笔录的来源对其内容的影响是比较大的。诉讼代理人制作的调查笔录，由于取证时所选的角度的不同，可能会从有利于自己的当事人的角度出发，有所取舍，甚至与案件事实

不符，其证明力与其他中立的国家机关所取的笔录相比较，要弱得多。反之，法院、公安机关、消费者协会等中立的机关所制作的调查笔录，证明力比诉讼代理人制作的要强得多。由于司法机关的地位和职务行为所具有的权威性，在本案中，公安机关的调查笔录具有很强的证明力。它不仅可以作为民事诉讼的证据使用，而且在没有其他证据足以推翻该调查笔录的情况下，该笔录可以作为认定案件事实的依据。

22. 手机短信能否作为证据使用?

【案情】

蒋某向张某借款 8000 元，出具了借条，约定还款期限为 2004 年 12 月。2005 年 4 月，张某向人民法院提起诉讼，称：蒋某借款一直未还，自己几次向其索要，蒋某均借故推脱，现请求人民法院依法判决蒋某归还借款。张某向人民法院提供了借条一张作为证据。在庭审过程中，蒋某答辩称：借款已于 2005 年春节期间偿还。由于张某称借条不在身边，当时未取回借条。事后，两人因故发生冲突，张某为报复自己，以借条为据，要求自己重新偿还借款。蒋某当庭展示了手机上储存的张某发送的短信，内容为“借条尚未取回，过两天给你。放心，帐已清，我不会再向你要了!”

【要点】

本案所反映的是手机短信能否作为证据使用的问题。

【评析】

《民事诉讼法》第 63 条规定：“证据有下列几种：（一）书证；（二）物证；（三）视听资料；（四）证人证言；（五）当事人的陈述；（六）鉴定结论；（七）勘验笔录。”这是人们比较熟悉的几种证据形式。但随着社会的发展，一些新的证据形式开始出现并在诉讼活动中得到应用。手机短信息就是其中之一。所谓手机短信息，

是随着通信技术的发展以及信息网络的建立和完善而出现的一种通过电信运营商的信号网络进行传输的数字化通讯方式。它在人们的日常生活中广泛应用并出现在诉讼活动中。手机短信能否作为证据使用，是人们面临的一个新问题。

判断一个事物能否作为证据采用，必须考察其是否具备证据的“三性”，即客观性、关联性、合法性。手机短信息能否作为证据使用，也应当从这三个方面考察。

1. 证据的客观性

所谓证据的客观性，是指证据作为已发生的案件事实的客观遗留，是不以人们的主观意志为转移的客观存在。手机短信作为移动通讯营运商信号网络连接的一种新型通讯方式，其主要工作原理是把人们所表达的意思转化为数字信号，并通过信号网络传输至对方手机，呈现在对方的手机屏幕上，因此互无“真迹”，一个指令也可轻易地修改或删除，从而有人对手机的客观性提出质疑。但易删改的特性并不能否定手机短信的客观性，能够证明案件真实情况的数字化形式的手机短信毫无疑问是客观存在，不是无法感知的虚幻的东西。在网络信号正常的情况下，手机短信一旦由发出方发出，即在接收方的手机上有直观显示，并在移动通讯营运商的服务器上有相应的记录。而且，从修改手机短信的技术难度来看，对于一般手机用户来说，直接在手机的短信收件箱中删改信息不太可能。因收件箱中的手机信息是只读文件，不能直接在收件箱中删改。如果以另存编辑方式修改信息内容，则会改变该信息的位置，如转移到草稿箱或发件箱中，不可能仍停留在收件箱。从一条手机短信的基本内容来看，存储于收件箱的信息均带有发信人名称、发信人的手机号码、发信时间等具体资料，而且移动运营商的操作系统中也有相应记录。因此，在本案中，蒋某所提供的手机短信是储存在其手机上的信息，是不以人的意志为转移的客观存在，具有证据的客观性。

2. 证据的关联性

所谓证据的关联性，是指证据必须与需要证明的案件事实或其他争议事实具有一定的联系。换言之，一个证据必须有助于证明案

件事实或其他争议事实，因此关联性又可以称为证据的“证明性”。手机短信的另一个显著特点就是对应性。每一个手机号码均对应一个唯一的用户，手机短信的收发只能在特定的两个手机号码之间进行，也即是特定的两个手机用户之间进行，这种对应关系可以由移动通讯营运商与用户的服务协议来证明。在没有其他相反证据的情况下，两个特定的手机号码之间的短信收发可认定为两个特定的用户之间在特定的时间发生的通讯行为。在本案中，蒋某所提供的手机短信内容是关于债权债务的处理，而且信息发出方的号码正是张某的手机号码。由此看来，手机短信与本案事实的关联性是毋庸置疑的。

3. 证据的合法性

所谓证据的合法性，是指提供证据的主体（主要针对人证而言）、证据的形式（主要针对鉴定与现场勘验笔录而言）和证据的收集程序或提取方法必须符合法律的有关规定。就本案来看，蒋某所提供的证据是自己的手机上储存的信息，并在庭审时当庭展示。由此可见，蒋某收集、提取证据的过程没有侵害他人权益，是正当合法的。

同时也应当看到，从技术的角度手机短信毕竟存在被伪造、篡改后不留痕迹，同时受环境、技术的影响容易出错的可能，所以应将手机短信归入间接证据的范畴。所谓间接证据是与案件主要事实有间接联系的材料，只能佐证与案件有关的个别情节或片断，而不能直接证明案件的主要事实。但把若干间接证据联结起来，经过综合分析和推理，对于查明案件主要事实也具有十分重要的作用。因此，对受机短信应结合全案的其他证据来综合判断其证据效力。

综上所述，本案中蒋某所提供的手机短信是数据电文形式表现其所载内容的客观存在，且证据内容与案件的待证事实之间存在客观联系，证据提取的方法不违反法律规定，符合证据“三性”的要求，是适格证据，具有证据效力。而且，蒋某提供的手机短信与张某提供的借条相互印证，因而构成一条完整有效的证据锁链，证明了蒋某欠款已还的法律事实。

23. 私自录音能否作为证据使用?

【案情】

王某为某企业退休工程师。2003年3月,王某受聘到某酒店负责电力系统的维护工作。双方签订了劳务协议:王某负责保证该酒店电力系统的正常运行,不按正常作息时间上班,每月到酒店两次检查电力系统运行情况。在电力系统出现故障时,王某须及时赶到并予以排除。年薪5万元。2004年8月,王某向人民法院提起诉讼,称:某酒店未按协议支付自己的劳动报酬,请求人民法院依法判决其履行合同义务。某酒店答辩称:王某在受聘期间未按协议履行劳动义务。除其未按协议约定定期到酒店进行例行检查外,在酒店电力系统于2003年10月出现故障时,也未及时赶到,加以排除,影响了酒店的正常运营,给酒店造成了重大经济损失,不同意王某的诉讼请求。王某向法院提供了双方签订的劳务协议书一份,同时提供了酒店经理签署的同意先行支付王某部分劳务报酬(1万元)的便条一张(因财务部门声称没有现金,未支付)。便条的落款时间为2004年1月。除此之外,王某还提供了其与酒店经理通话的电话录音。录音包含以下内容:“钱什么时候给?”(王某)“五一之前吧!”(酒店经理)“这一年设备运行得挺好的,没出什么问题。”(王某)“还行。”(酒店经理)。对王某提供的上述证据,酒店方认为:酒店经理同意支付王某部分劳动报酬,是出于春节将近的考虑,与王某是否按约定履行了劳动义务没有因果关系;电话录音中,酒店经理的回答是为敷衍王某,不代表其认可王某的工作和同意支付劳务报酬。同时,王某未经对方同意而私自录音,系违法行为,该录音不能作为证据使用。酒店提供了电力设备检修记录和王某的考勤表。王某签到的次数均为8次,时间一致。王某辩称:由于自己不按正常作息时间上班,酒店并未严格要求自己和其他员工一样签到。签到次数和时间不能真实地反映自己的工作情况。

【要点】

本案所反映的是在未经对方当事人同意的情况下私自进行电话

录音，能否作为证据使用的问题。

【评析】

《民事诉讼法》第63条虽然规定视听资料可以作为证据使用，但对未经对方当事人同意取得的视听资料是否可以作为证据使用以及证明力等问题，未作明确规定。最高人民法院在给河北省高级人民法院的批复中（法复1995第2号）规定："未经对方当事人同意私自录制其谈话，系不合法行为，以这种手段取得的录音资料，不能作为证据使用。"从而否定了私自录制的录音资料的证据资格。2002年4月1日起正式实施的最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》）第70条第3项规定："一方当事人提出的下列证据，对方当事人提出异议但没有足以反驳的相反证据的，人民法院应当确认其证明力：……（三）有其他证据佐证并以合法手段取得的、无疑点的视听资料或者与视听资料核对无误的复制件；"第82条规定："本院过去的司法解释，与本规定不一致的，以本规定为准。"从上述规定可以看出，对录音资料能否作为证据使用，批复以"经对方当事人同意"为条件；而《证据规定》则代之以"以合法手段取得"。换言之，私自制作的录音资料，只要采集手段不损害对方的合法权益和公共利益及其他人的利益，就可以作为证据使用，但必须有其他证据佐证，录音资料本身不存在疑点，而且对方当事人没有足够证据进行反驳。批复与《证据规定》相抵触，应当以规定为准。

因此，本案中，王某在未经酒店经理同意的情况下取得的电话录音，如果符合司法解释的规定，可以证明其主张的事实，作为定案的依据。王某提供的酒店经理同意先行支付部分劳务报酬的便条与录音资料相互印证，可以证明酒店方对王某的工作表示认可，同意支付王某的劳务报酬的事实。酒店方对王某提供的证据虽然有异议，但未提供足以反驳的证据。电力设备检修记录和考勤表是酒店单方面制作的内部资料，在没有其他证据佐证的情况下，不能独立证明其主张的事实。王某作为酒店聘请的技术人员，不按正常作息

时间上班，酒店有可能对其不按正常的管理制度进行管理，包括不履行严格的签到手续。综合以上情况，本案应当认定王某主张的事实。

24. 行政机关出具的公文是否具有先定证明力?

【案情】

某小区业主收房后发现该小区公摊面积有误，遂与开发商联系，开发商承认自己当初计算公摊面积有误，答应对公摊面积进行调整。随后，开发商单方委托某测绘机构对公摊面积进行测绘，并依据该测绘结果对公摊面积作了相应调整，但业主认为，调整后的公摊面积仍有错误，在与开发商协商未果的情况下，业主将开发商告上法院。法庭上，开发商拿出当地国土资源及房屋管理局职能科室出具的说明，以证明自己的主张，但业主认为，该份说明虽然是行政机关作出的公文，但其没有反映实际情况，法院不应当采信。

【要点】

本案所反映的是行政机关出具的公文是否具有证明力的问题。

【评析】

本案涉及的是在诉讼活动中，行政机关出具的公文是否具有先定证明力的问题。在这里要注意区分先定证明力和优势证明力两个概念。

先定证明效力是先假定该证据属实，当事人如不能提供足够的相反证据，该证据的内容即认定为案件事实。而优势证明力则是在证明同一事实时，如果存在数个证据，各证据的内容存在差异、冲突，且证据本身的真实程度无法判断的情况下，赋予某些证据以比较优势，即数个证据存在差异时，采信其中更可能为真的、具有优势的那类证据。

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第 77 条规定:

“人民法院就数个证据对同一事实的证明力，可以依照下列原则认定：（一）国家机关、社会团体依职权制作的公文书证的证明力一般大于其他书证……”这说明，基于对行政机关的相对中立性或公正性的考虑，法院应根据在证明同一事实时，赋予行政机关出具的公文相对的优势证明力。最高人民法院、公安部《关于处理道路交通事故案件有关问题的通知》规定，当事人对作出的行政处罚不服提起行政诉讼或就损害赔偿问题提起民事诉讼的，以及人民法院审理交通肇事刑事案件时，人民法院经审查认为公安机关所作的责任认定、伤残评定确属不妥，以人民法院审查认定的案件事实作为定案的依据。这表明，行政文书在诉讼案件中不具备先定的证明效力。

综上所述，对于行政机关出具的公文，如其作为民事诉讼证据，仍应根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第65条的规定进行审查，对与法律不符、与事实相悖、与案件无关的行政公文应依法予以排除。

25. 书证的内容与当事人陈述相矛盾，应当如何认定？

【案情】

王某是远近闻名的奶牛养殖专业户。他饲养的奶牛由于产奶量高，受到大家的欢迎，供不应求。2004年9月，白某购买王某的奶牛，当时付定金5000元，剩余款向王某出具欠条，并约定在2004年11月底付清。次日，王某将两头奶牛送至白某所在村。由于白某没有按期支付剩余款，王某遂诉至法院，称白某购买其两头牛，大牛14000元，小牛10000元，已付5000元，要求白某支付尚欠款19000元。王某为证明其主张举证了白某签名的欠条。该欠条注明“今有白某欠王某牛款19000元，限2004年11月底付清。如违约，把大牛返回，5000元定金作废。”白某主张只购买了一头牛，价格是14000元，现尚欠王某9000元，欠条是王某书写的内容，其签名、欠条中“19000元”的“1”是王某添加的。白某为证明其主张举证了证人张某、孙某、盛某的证言。证人张某证实：自己与白某

是同村人，在同一天也购买了王某一头牛，第二天王某送了两头牛，其牵走一头，白某牵走一头；证人孙某、盛某证明：2004 年 9 月某日，王某送了两头牛到该村，张某牵走一头，白某牵走一头。诉讼中，王某自认张某与白某在同一天各购买其一头牛，但主张第二天送的两头牛均被白某牵走；同时自认欠条内容是其书写的。法院根据白某的申请委托有关鉴定机构对欠条进行鉴定，结论是不具备鉴定条件。

【要点】

本案所反映的是书证的内容与当事人的陈述相互矛盾时应如何认定的问题。

【评析】

在本案中，当事人双方对争议的事实举出的相反的证据：书证和证人证言，同时，王某提供的书证与其陈述存在一定的矛盾。在这种情况下，对当事人提供的证据应当如何进行认定呢？

关于证据的审核认定问题，最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》中作出了详细的规定。根据该司法解释的规定，案件双方当事人对同一事实分别举出相反的证据，且均没有足够的依据否定对方的证据时，应当结合案情对双方证据的证明力大小进行自由裁量，确定案件事实；当依据单一书证证据确定案件事实时，在审核认定上还应从书证的形式、来源是否合法，书证的内容是否真实进行审查。对书证内容的审查判断，主要依据逻辑规律、经验法则考察书证所反映的事物情况是否合情合理，所表明的事物的联系是否顺理成章，重点是查找矛盾和分析矛盾。

从本案看，王某对自己主张的事实提供了白某签名的“欠条”予以证明，白某对自己主张的事实提供了三份证人证言予以证明。由于书证的证明力大于证人证言，因此，案件事实应首先依据书证“欠条”来认定。诉讼中，王某就其主张的事实仅提供了一份证据即书证“欠条”，无其他证据与“欠条”相互印证，因此，应对该

“欠条”的形式、来源是否合法，内容是否真实进行审查。

根据当事人的陈述证实，该欠条是在双方交易时，由王某书写内容，白某签名形成的，虽然白某诉讼中主张欠条中“19000元”的“1”是后添加的，但由于鉴定结论是不具备鉴定条件，白某亦无其他证据予以否认，因此，该“欠条”在形式上、来源上是符合法律规定的。但从“欠条”的内容看，欠条注明：“今有白某欠王某牛款19000元，限2004年11月底付清。如违约，把大牛返回，5000元定金作废”。由于王某诉讼中陈述交易情况是：白某购买奶牛两头，一头大牛价格14000元、一头小牛价格10000元，共计24000元，当时白某支付定金5000元，欠款19000元出具欠条。因此“欠条”内容与王某陈述的交易价格相矛盾，即按“欠条”理解如果白某违约，其应将一头大牛返还王某，定金5000元归王某所有，而另一头小牛则无需返还，这说明白某仅用了5000元就可购买一头小牛。由于“欠条”内容是王某书写，其不可能书写对自己不利的内容，因此，应认定欠条内容存在严重瑕疵。

结合当事人王某、白某的陈述和证人张某、孙某、盛某的证言，可以形成这样一个证明案件事实的证据链：白某与同村村民张某在同一天分别购买了王某的牛，次日，王某送两头牛到白某所住村，白某、张某分别牵走一头牛。由于王某无证据否定上述事实，因此，该事实应是成立的。白某主张的事实应当予以认定。王某提供的“欠条”书证在内容上与其陈述相互矛盾，存在严重瑕疵，且无其他证据予以印证，故应认定“欠条”内容不真实，不应作为认定案件事实的依据。

26. 当事人提供的证据与日常生活经验不符，能否认定？

【案情】

李某向某信用社借款2万元，约定2004年12月归还。2005年3月，某信用社向法院起诉，要求李某偿还本息。庭审中，李某辩称：因2004年10月初某信用社原主任韩某（已于2004年6月调离）打

电话催要，故于2004年10月中旬请证人王某和孙某前往还款，当时自己从身上拿15000元给王某，又让王某从我家拿了5000元。证人王某、孙某当庭作证，称受李某委托代去韩某家中还款，未向韩某索要借款手续。王某表示李某给了自己1万元，后从李某家中又取了1万元。证人方某、董某当庭作证：2004年11月的一天，在与李某、韩某一起吃饭时，亲耳听见李某向韩某索要借款手续，韩某说借款手续在其家中，改日拿给李某。

【要点】

本案所反映的是在当事人提供的证据与人们的日常生活经验相违背的情况下，对该证据证明的事实能否予以认定的问题。

【评析】

对该问题的处理要依据证据法中的日常经验规则。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第64条规定："审判人员应当依照法定程序，全面、客观地审核证据，依据法律的规定，遵循法官职业道德，运用逻辑推理和日常生活经验，对证据有无证明力和证明力大小独立进行判断，并公开判断的理由和结果。"这里所说的法官在审核认定证据中所运用的日常生活经验，被归纳为证据认定中的"日常经验规则"。所谓"日常经验规则"，是指在审核认定证据的过程中，法官要运用为社会中的普通人所普遍接受或者体察的社会生活经验对证据进行审查、判断，以决定其是否具有证明力和证明力的大小。"日常生活经验规则"指向的是一种客观意义上的普遍知识，作为基本常识而为公众普遍认同，无须借助任何证据予以证明，也无须法律予以规定；法官对"日常生活经验规则"的运用是以其职业素养为前提，对一般生活经验加以提炼，以作为认定待证事实的根据。

在本案中，从表面上看，被告李某所提供的证据数量充足，与案件事实具有关联性且与其主张相互印证，似乎能够证明其主张的事实。但是，从日常生活经验出发对其提供的证据进行审查判断，

不难看出其中存在的漏洞。

首先，李某的陈述中存在有悖常理之处：（1）催要借款的主体不合常理。原信用社主任韩某已于2004年6月底调离，所以，虽然当初原告李某借款是由韩某审批，但因此借款不是私人间的借贷，韩某此时既无必要也无资格代表信用社追要借款。（2）催要借款的时间不合常理。根据双方的约定，借款到期时间是2004年12月，李某称韩某打电话催要借款的时间为2004年10月，借款尚未到期，此时催要借款显然是违约的。作为金融机构，提前收回贷款，不合情理。（3）还款的地点不对。此款为个人向信用社所借的贷款，即使还款也应到信用社办理还贷手续，不可能到不在该信用社任职的前主任家中结账。

其次，证人的证言与日常生活经验不符。（1）二人的行为反常。二证人作为具备相当社会经验且受李某委托的完全民事行为能力人，如果替李某前往还款，正常情况下肯定应向韩某索要原借据或要求其出具收款手续，这对于二证人此行的目的来说至关重要，而这么重要的事情，二证人居然"忘记索要"，显与常理相违。（2）王某的证言与李某的陈述互相矛盾。证人王某当庭证实其从李某处拿了10000元，后又从李某家中拿了10000元。而被告李某则称：王某从他身上拿了15000元，从其家里拿了5000元。虽然取款的总数符合，但在每次取款的具体金额上，证人证言与被告的陈述发生了矛盾。（3）关于方某、董某的证言。证人反映曾听韩某讲借款手续在其家中，有违信用社的规定。因为信用社作为金融单位，对贷款还款手续有其严格的管理制度，借款凭证不可能存放于某个人家中而应存放于单位。即使是还款，也应由单位出具还款收据，而被告李某未能向法庭提供该款已归还的"收据"这一书面证据。同时，即使有借款手续在韩某家中，也不能证明必然是本案之借款手续。故该组证人反映的李某向韩某索要借款手续与本案没有必然的联系。

综合以上分析，被告李某提供的证据有多处与人们的日常生活经验相悖，不足以证明其主张的事实，应当不予采信。

27. 案件事实真伪不明的情况下，能否通过逻辑推理加以认定？

【案情】

李某与某房地产公司签订了两份购房合同。甲合同约定：李某购买某小区3幢3层301号和302号两套房屋，面积300平方米，每平方米售价2000元，合计房款60万元。所购房屋于2004年6月竣工交房。乙合同系李某以董某名义签订。该合同约定：董某购买位于某小区4幢3层301号和302号两套房屋，面积300平方米，每平方米售价3000元，合计房款90万元。所购房屋于2004年6月竣工交房。两份合同除房价不同外，在房屋户型、面积、结构、标准、竣工期等方面均一致。截止2004年6月，李某按甲合同支付房款60万元。2004年7月，李某提出解除乙合同。当日由李某手书《协议》一份，协议原文为："4月底结清两套房款，按均价2500元/平方米计算。"2004年12月，李某向某房地产公司申请交付甲合同约定的房屋，但某房地产公司以其还有15万房款未付清为由而拒绝交房，双方发生纠纷，诉至法院。

当事人双方争议的焦点在于：乙合同解除后，甲合同房屋单价是否已经从2000元/平方米变更为2500元/平方米。对此，由李某手书的协议字面表述不清楚，双方的解释截然相反。李某认为：该协议与两份购房合同毫无关系，是另外一处位置不明的房屋。乙合同是帮人购买，因购买人未交定金而解除。因自己已交清了甲合同约定的全部房款，所以某房地产公司应当交付房屋。而某房地产公司认为：双方在签订两份购房合同时，公司应李某的要求将房价作了调整，将甲合同房价下调为每平方米2000元，乙合同房价上调为每平方米3000元，但两份合同的平均单价与该地区同类同期房屋相同，即2500元。后李某要求解除乙合同，因甲合同单价明显不合理，李某承诺将该合同中房屋单价调整为2500元，并为此写下《协议》。协议中所称两套房屋即指甲合同中的房屋。按照协议约定，李某尚有15万元房款未付，故公司没有交房。

【要点】

本案所反映的是在案件事实真伪不明的情况下，能否通过逻辑推理加以认定的问题。

【评析】

在本案中，由于李某所书写的《协议》内容含糊不清，不能直接证明双方争议的事实，当事人双方又未能提供其他证据证明自己主张的事实。案件事实处于真伪不明的状态。在这种情况下，能否通过逻辑推理来认定案件事实呢？

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第64条规定："审判人员应当依照法定程序，全面、客观地审核证据，依据法律的规定，遵循法官职业道德，运用逻辑推理和日常生活经验，对证据有无证明力和证明力大小独立进行判断，并公开判断的理由和结果。"上述规定肯定了逻辑推理在审核证据、认定事实中的作用。因此，在一定情况下，可以通过逻辑推理来认定案件事实。即当案件事实真伪不明，又没有达到必须用证明责任规则予以了结的程度时，不宜简单以当事人承担举证责任，因举证不能而承担不利的诉讼后果的方式作出裁判。在这种情况下，如果通过逻辑推理能够对争议事实得出令人信服的结论，可以运用逻辑推理，在已有证据的基础上认定案件事实。

在本案中，可以对案件事实作以下几个方面的推理：

推理之一：甲、乙两份合同所指的房屋系同一地段、同一户型、同样面积、同样结构，但单价却相差30万元，这是明显违背常理的。该推理过程可以表达为：按常理，相同地段、相同户型、相同面积和相同结构的房屋价格应当相同，甲、乙两份合同中的房屋系相同地段、相同户型、相同面积、相同结构但价格却相差极大，所以两合同的房价不符合常理。

推理之二：李某提出的《协议》与甲、乙两份合同无关。但合同约定的竣工交房时间为2004年6月，且截止2004年6月，李某已

经按甲合同的约定支付了全部房款。但同年7月双方协商解除乙合同时，李某并未向某房地产公司提出交房请求，却于同日书写《协议》，因此该《协议》并非与两份购房合同无关，而是对甲合同的直接变更。该推理过程表达为：如果甲合同的交房期到后，李某交清全部房款却不请求交房，而是写下《协议》，那么这个《协议》就一定与甲合同有关系，李某未请求交房而是写下《协议》，所以《协议》与甲合同有关系。

推理之三：某房地产公司对甲、乙两份合同和协议作出的解释（双方在签订两份购房合同时，公司应李某的要求将房价作了调整，将甲合同房价下调为每平方米2000元，乙合同房价上调为每平方米3000元，但两份合同的平均单价与该地区同类同期房屋相同，即2500元。后李某要求解除乙合同，因甲合同单价明显不合理，李某承诺将该合同中房屋单价调整为2500元，并为此写下《协议》。协议中所称两套房屋即指甲合同中的房屋）合乎情理。因而，对其关于《协议》中的“两套房屋”是指甲合同房屋的主张予以认定。该推理过程可以表达为：能够对《协议》所述的“两套房屋”是指甲合同而非另外约定的房屋作出合理解释，该事实就应当予以认定，某房地产公司对此作出了合理解释，所以其主张的事实应予认定。

推理之四：李某未能对甲、乙两份合同的房价差异以及协议作出合理的解释，因此，其主张的事实不能成立。该推理过程可表达为：对不符合常理的事实，如果不能作出合理解释就不能成立。李某不能对不合常理的事实作出合理解释，所以李某主张的事实不能成立。

通过上述推理对案件事实作出的认定显然是令人信服的。

28. 证据复印件经一审核对无误二审中未出示原件的，是否有效？

【案情】

2004年10月，赵某向袁某借款5000元，双方约定春节前偿还，

利息为5%。过了年，赵某却对还钱的事只字不提。袁某上门索要，赵某避而不见。一怒之下，袁某起诉到法院，请求法院判令赵某归还借款本金和利息，同时向法院提供了借条复印件。赵某接到法院的开庭通知后，没向法院递交答辩状，也没到庭参加诉讼。结果，法院在赵某无故不到庭的情况下，对案件进行了缺席审理，并在核对借条复印件与原件无误后，作出了赵某归还袁某借款5000元和利息的判决。赵某接到一审判决书后，经咨询律师，在规定期限内向中级法院提出了上诉，要求袁某出示借条原件，并申请对借条的签名进行鉴定。袁某答辩称，借条原件在一审结束后，由于保管不当，被自己不慎遗失了。借条的复印件已经一审法院核对无误，具有和原件相同的证据效力。可以对该复印件进行笔迹鉴定，以确定借条是否为赵某所立。

【要点】

本案所反映的是作为证据的复印件经一审核对无误，二审中未出示原件的，能否认定的问题。

【评析】

本案中涉及的关键问题是：袁某提供的借条的复印件已经一审法院核对无误，在二审过程中，袁某因故不能向法庭提供证据原件，该复印件能否作为证据使用。这是决定诉讼结果的关键所在。

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》）第10条规定："当事人向人民法院提供证据，应当提供原件或者原物。如需自己保存证据原件、原物或者提供原件、原物确有困难的，可以提供经人民法院核对无异的复印件或复制品。"第49条规定："对书证、物证、视听资料进行质证时，当事人有权要求出示证据的原件或原物。但有下列情况之一的除外：（一）出示原件或者原物确有困难并经人民法院准许出示复制件或者复制品的；（二）原件或原物已不存在，但有证据证明复制件、复制品与原件或原物一致的。"第70条还规定："一方当事人提出的下列证据对方当

事人提出异议但没有足以反驳的反证据的，人民法院应当确认其证明力：（一）书证原件或者与书证原件核对无误的复印件、照片、副本、节录本……”。

从上述规定看，人民法院对证据复印件的审查核对，没有审级区分，经一审法院与原件核对无异的复印件证据可以作为证据使用，二审法院不能以证据系复印件而不予采纳。但结合案情，上诉人称未借款的主张能否成立，这属对证据内容即证据是否为上诉人所立的审查问题。鉴于上诉人提出要求笔迹鉴定，可以对袁某提供的证据复印件进行鉴定，而不宜在未经鉴定确认借款凭证是否为上诉人所立的情况下，否认或确认该债权凭证的效力。

29. 当事人对出具欠条有争议的，应当由哪方申请鉴定?

【案情】

魏某起诉姜某，要求姜某偿还欠款，并提供姜某出具的一张欠条。姜某辩称，自己不欠魏某钱，欠条不是自己所出具。庭审中，经征询双方意见，双方均不提出笔迹鉴定申请。

【要点】

本案所反映的是当事人对证据有争议，应当由哪方申请鉴定的问题。

【评析】

在本案中，魏某对其主张的事实应负举证责任，应当提供证据证明姜某欠款的事实，这一点是可以肯定的。本案的关键在于，在魏某出示了署名为姜某的欠条，而姜某不予认可的情况下，魏某的举证责任是否已经完成、是否达到了裁判要求的证明标准的问题。如果认为魏某的举证责任已经完成，那么举证责任转移至姜某，姜某应申请笔迹鉴定，姜某不申请鉴定，应负举证不能之责任，承担败诉风险。如果认为魏某的举证责任尚未完成，魏某应申请笔迹鉴

定，魏某不申请鉴定，同理应负举证不能之责，并承担败诉风险。对此，应当从以下两个方面来认识：

第一，在民事诉讼中，当事人不仅要就自己的主张向法官提供证据予以证明，还应当就自己所提供证据的真实性、关联性、合法性负责。本案中，魏某提供的欠条本身并不能证明其与姜某有联系，只有姜某认可欠条是自己所出具，或者有证据证明欠条是姜某所出具，才能在欠条和姜某之间建立起联系。所以这种关联性在姜某不认可的情况下，应由魏某方举证来证明。从理论上讲，魏某提供的欠条属补强证据，只有和笔迹鉴定相互起作用，才能证明魏某主张的事实。

第二，按照最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》的有关规定，一方提供的证据的证明力"明显大于"另一方提供的证据的证明力，就可确认证明力较大的证据。这说明我国民事诉讼采取的是盖然性证明标准，也就是所谓的优势证明规则。按照该标准负有举证责任的一方当事人为了支持自己的诉讼主张，必须向法官承担说服责任，只有当事人通过庭审中的举证、质证和辩论活动使得法官在心证上形成了对该方当事人事实主张更趋采信方面的较大倾斜，该方当事人的举证责任方告完成。一般的民事案件在法官心证中可信度要达到51%至85%的盖然性，才能使法官认定该方当事人主张的事实。本案中，在魏某、姜某双方均不申请鉴定的情况下，仅有魏某提供的一张欠条，魏某主张的事实很难在法官心证中达至优势的盖然性，魏某的诉讼请求也不能得到法官的支持。

30. 受委托人承认出具收条但主张未实际收款，能否认定付款事实？

【案情】

某五金厂与某商贸公司有业务往来。2004年6月，某五金厂向某商贸公司催收拖欠的货款30000元，某商贸公司未给付。此后，某五金厂委托俞某代为收款。2004年9月，俞某在某商贸公司出具

了收款手续，表示已收到货款30000元。2004年12月，某五金厂向人民法院提起诉讼，要求某商贸公司支付货款。某商贸公司承认曾拖欠某五金厂货款的事实，同时主张该货款已经给付五金厂委托的收款人俞某，付款义务已经履行。某商贸公司提供了俞某出具的收条和某五金厂委托俞某收款的协议书。在庭审中，某五金厂称：该厂委托俞某收款属实，俞某也曾向某商贸公司出具收条，但因某商贸公司拿不出钱，所以并未实际收款。俞某当庭作证，证明上述事实。

【要点】

本案所反映的是受托人承认出具收条，但主张未实际收款的主张如何认定的问题。

【评析】

在本案中，某商贸公司付款的事实能否认定的问题，实际上就是其提供的收条能否起到证明案件事实作用的问题。对该收条，应当从以下几个方面进行分析：

1.“收条”的真实性

在本案中，原告某五金厂以及收条的出具人俞某对收条的真实性并无异议，即排除了某商贸公司作伪证的可能性，某商贸公司可将收条作为证据使用。

2.“收条”的合法性

所谓收条的“合法性”，主要是指在收条的形成过程中有无恶意串通或欺诈、胁迫、乘人之危以及重大误解等导致收条非法成立的因素和情况，而本案原告某五金厂或受委托人俞某并未就此提出主张并举证（某五金厂与俞某的举证义务是有区别的，某五金厂应针对是否有恶意串通行为举证，而是否属欺诈、胁迫、乘人之危或重大误解等则应由俞某举证）。某五金厂或受委托人俞某未就此主张并举证即不能证明收条的非法性，同时，本案收条的内容本身并没有违反法律、法规的强制性规定，也没有损害国家、集体或他人的利

益，其合法性无法排除，换言之，法院应认定收条的合法性。

3. “收条”与本案的关联性

本案收条的形成是基于某五金厂与其委托代理人俞某之间的委托代理关系。在本案中，委托代理关系是在当事人双方真实意思的表示基础上建立的，且不违反法律的规定，因而合法有效，应受法律保护。而收条合法形成后，某五金厂作为被代理人应对其委托代理人的代理行为负责，即对收条负责，具体来说，当事人之间原先因买卖而生的债权债务关系因收条的成立而归于消灭。因而收条与本案具有关联性。

同时，俞某作为某五金厂委托的收款人，显然应当谨慎地履行其代理收款的职责。其在未收到货款的情况下出具收条，不符合常理，与人们的日常生活经验不符。在这里，不能排除俞某收取货款后归为己有，又为某五金厂作证，否认收款事实的可能性。在某五金厂和俞某不能就出具收条后未实际收款的事实举证的情况下，对其主张法官是无法采信的。

综合以上分析，本案的收条具有证据的真实性、合法性、关联性，应作为法院定案的根据，法院应据此判决驳回某五金厂的诉讼请求。

三、侵权损害赔偿纠纷案件证据指南

1. 违约与侵权诉讼在举证责任上有何差别?

【案情】

周某与甄某是邻居。甄某于2003年12月在离家不远的街上租了一个店面,做起小生意。由于店面较小,货物无处存放,甄某与周某商量,打算租用周某家的仓房作为仓库。经双方协商,签订了租赁合同,约定:甄某承租周某家的仓房一间,面积14平米,租期一年。合同签订后,周某按约将仓库交付甄某使用。2004年3月,甄某租用的仓库发生一场大火,仓库的屋顶、门、窗户等被烧毁。事故发生后,有关部门未对火灾事故的原因及责任作出认定。周某多次找甄某协商,要求甄某恢复被损毁部分的原状或赔偿损失,均遭甄某拒绝。2004年12月,周某以甄某未履行合同之义务,损毁租赁物,向法院提起诉讼,请求判令甄某赔偿周某损失73500元。甄某认为,本案周某主张甄某赔偿损失,属损害赔偿之诉,周某必需举证证实甄某有过错行为,且其过错行为与损害结果之间有因果关系,周某不能提供消防部门作出火灾事故的原因和责任认定书,就不能证实甄某有过错,且过错行为与损害后果之间有因果关系,周某应承担举证不能的败诉后果。

【要点】

本案所反映的是违约与侵权诉讼在举证责任上有无差别的问题。

【评析】

根据民事违法行为性质不同，可以把民事责任划分为违反合同的民事责任与侵权的民事责任。违反合同的民事责任，简称为违约责任或合同责任，是指当事人对自己违反合同义务所引起的法律后果应当承担的民事法律责任。侵权的民事责任，简称侵权责任，是指违法行为人对侵害他人的财产权、人身权等所造成的法律后果应当承担的民事责任。在一定的条件下违约责任与侵权责任有可能发生竞合。《合同法》第122条规定："因当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受损害方有权选择依照本法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任。"当违反合同的民事责任与侵权的民事责任竞合时，周某以租赁合同关系为由提起违约诉讼或以侵权为由提起侵权诉讼，甄某都有可能承担赔偿责任。《合同法》第222条规定："承租人应当妥善保管租赁物，因保管不善造成租赁物毁损、灭失的，应当承担损害赔偿责任"。此处的损害赔偿责任，可依照债务不履行的违约责任来确定；承租人因故意或过失致租赁物毁损的，也可依照侵权责任处理。出租人可选择其一向承租人主张损害赔偿。出租人选择诉因的不同，对其举证责任的分配也不同。不同的举证责任规则使当事人在不同的诉讼选择中承担不同的举证责任，也将直接影响诉讼的实体结果。因此，周某有权选择对己有利的诉因进行诉讼。此处的"有利"一般理解为对周某"有利的诉讼结果"，在本案中，周某实际上选择了有利于自己的举证责任分配规则进行诉讼，以期实现有利于自己的诉讼结果。

当事人就合同提起损害赔偿之诉，即违反合同的民事责任，依照的是《合同法》第222条"承租人应当妥善保管租赁物，因保管不善造成租赁物毁损、灭失的，应当承担损害赔偿责任"的规定，该条规定承租人在租赁期间占有租赁物，有妥善保管租赁物的义务，承租人应以善良管理人的注意去保管租赁物。从该条的语意看，对承租人的要求较高，并无对承租人损害赔偿责任的限制。因而，只要承租人未尽善良管理人的注意义务，使租赁物毁损灭失的，承租

人即应承担损害赔偿责任。《合同法》第107条规定："当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行，采取补救措施或者赔偿损失等违约责任"。合同法对违约责任采用的是严格责任的方式，即只要当事人一方违约，不论是否有过错，就应当承担责任，除非违约方能举证证明免责事由的存在。所以该案当事人的举证责任应当这样分配：（1）周某主张权利时，只要证明有损害事实，即仓库被火烧毁，其负担的举证责任即履行完毕。因为周某在租赁期间将房屋交付周某，已尽了交付租赁物的出租人的义务。而甄某则未尽"妥善保管租赁物"的承租义务，至此周某已经履行完毕证明甄某违约的举证责任。（2）甄某抗辩时应当证明自己尽到妥善管理之义务。因甄某认为烧毁了仓库与自己的管理行为无关，就应当提供起火原因的证据来证明失火与己无关，即提供免责事由存在的证据，从而排除自己的责任。

当事人就侵权提起损害赔偿之诉，即侵权责任，依照的是《民法通则》第106条第2款的规定，即"公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身的，应当承担民事责任"。侵权损害赔偿的民事责任一般适用过错责任原则，这是与违约责任适用的严格责任完全不同的归责原则，所以在举证责任的分配上也截然不同。本案如果周某选择侵权损害赔偿起诉，则周某的举证责任如下：按照损害赔偿责任的承担，周某应同时具备四个构成要件进行举证，即：损害事实的存在；行为人的过错；行为的违法性；侵权行为与损害事实之间有因果关系。首先，周某应当证明租赁物在甄某租赁期间受到损害即仓库被烧受损的事实；其次，周某应当证明甄某在管理和使用租赁物的过程中存在过错，且过错行为具有违法性，即甄某未尽善良管理人的义务；再次，周某应当证明甄某的侵权损害行为与损害结果存在因果关系。周某对上述的四个构成要件的举证缺一不可，否则，其未尽到举证之责，应承担对其不利的法律后果。就甄某而言，由于一般侵权赔偿适用过错责任的归责原则，所以甄某在周某尚未完全履行对以上四个要件的举证证明义务之前，无需承担举证责任。

本案缺乏的最重要证据是仓库起火事故原因及责任认定，周某选择了违约之诉，将证明失火原因的举证责任合法地转移给甄某，从而使其立于不败之地。本案周某的仓库被烧，当时消防部门未到现场进行勘察，至今没有结论。至周某提起诉讼时，发生火灾已近1年时间，仓库的现场已经遭到严重破坏，对事故原因的鉴定已丧失了可能性和客观性。周某以合同违约提起诉讼，证明了甄某到期不能交还租赁物，且在租赁期间将租赁物毁损的事实，周某就已经履行了提供证据的责任，并就此卸下了举证责任的负担，周某提供证据的责任已经开始发生转移，反证意义上的提供证据的责任开始发生，应由甄某证明自己尽到妥善保管租赁物之义务。从本案来看，甄某如果想证明自己妥善保管了租赁物，只有通过提供证明火灾事故的原因的证据，排除火灾系自己未尽管理义务或使用租赁物不当造成，而是因租赁物本身的情况或其他不可归责于甄某的原因，如租赁物长期失修引起电线老化，又如他人的行为引起的火灾等等原因，方能免责。

本案系一起违约责任与侵权责任竞合的民事案件，周某选择的诉因不同，必然导致纠纷归责原则的不同，法院在审理时，也必须适用不同的举证责任分配规则，在不同的证据规则下，当事人的诉讼实体结果也可能完全不同。如果本案周某选择的是侵权损害赔偿之诉而非违约之诉，周某就很难承担起证明甄某对仓库的失火有过错的举证责任，那样周某的诉讼结果可能就不会是胜诉了。

2. 交通事故纠纷中未能确定肇事司机的，应否承担举证不能的责任？

【案情】

周某与席某是好朋友，两个人经常聚在一起喝酒、侃大山，不亦乐乎。但是天有不测风云，人有旦夕祸福。一场交通事故让两个好朋友打起了官司。事情的经过是这样的：2004 年 8 月的一天晚上，周某与席某共同到离家不远的小饭馆里喝酒。由于喝得尽兴，出饭

馆时两个人都摇摇晃晃了。两人驾驶周某的摩托车回家，在半路上撞到马路护拦，双双受伤，被送进了医院。周某的伤势较轻，很快治愈出院，席某伤势较重，住院治疗一个多月，最后还是留下了残疾。交警队经过调查，无法认定谁是肇事司机，作出了周某与席某共同承担交通事故全部责任的结论。席某找到周某，要求赔偿自己的医疗费等损失，遭到周某的拒绝，向人民法院提起诉讼。席某称：周某酒后驾车，导致自己受伤致残，要求其赔偿自己的全部损失共计30万元。周某答辩称：交通事故发生时，摩托车由席某驾驶，损失应当由其自行承担，而且，自己也因交通事故受到了损失，不同意席某的诉讼请求。当事人双方均未能就谁是交通事故的肇事司机提出有力证据。

【要点】

本案所反映的是无法确定侵权人时，是否要承担举证不能的责任问题。

【评析】

在本案中，无论是从交警队的交通事故责任认定，还是当事人双方的举证情况看，均无法确定谁是肇事司机。那么，席某的损失究竟该不该由周某承担呢？在没有证据证明周某就是肇事司机的情况下，席某是否应当承担举证不能的责任呢？有人认为，周某是肇事车的车主，应当对交通事故承担责任，赔偿席某的损失。也有人认为，既然交警队作出的交通事故责任认定为周某与席某应当共同承担交通事故全部责任，两个人就应当共同承担因交通事故造成的损失，也就是说，应当由周某和席某分别承担两人损失总计的50%。这两种看法都欠妥当。

首先，我国《道路交通事故处理办法》第31条规定：“交通事故责任者对交通事故造成的损失，应当承担赔偿责任。承担赔偿责任的机动车驾驶员暂时无力赔偿的，由驾驶员所在单位或者机动车的所有人负责垫付。但是，机动车驾驶员在执行职务中发生交通事

故，负有交通事故责任的，由驾驶员所在单位或者机动车的所有人承担赔偿责任；驾驶员所在单位或者机动车的所有人在赔偿损失后，可以向驾驶员追偿部分或者全部费用。”从上述规定可以看出，机动车车主只有在驾驶员履行职务过程中发生事故和应当承担赔偿责任的驾驶员暂时无力赔偿的情况下才承担赔偿责任。在本案中，周某和席某谁是肇事司机还无法确定，当然就不存在由机动车车主承担赔偿责任的问题。

其次，由周某和席某平均分担交通事故损失的看法也是不正确的。交警队的交通事故责任认定为周某与席某应当共同承担交通事故全部责任。但这并不意味着当事人双方对交通事故承担同等责任。这起交通事故侵权行为的发生是由于周某和席某两个人的过错，给两个人造成了损失。如果是周某驾车，周某的过错就是酒后驾车，席某的过错就是明知他人酒后驾车而乘坐；如果是席某驾车，席某的过错就是酒后驾车，周某的过错就是擅自将摩托车交他人酒后驾驶和明知他人酒后驾车而乘坐。无论是在哪种情况下，两个人的过错性质不同，危害程度不同，与损害结果之间的因果关系不同，因此，由两个人对交通事故造成的损失承担同等责任，平均分担交通事故造成的损失也是不妥当的。那么，能否根据民法上的公平责任原则，由当事人双方平均分担交通事故的损失呢？我国《民法通则》第132条规定：“当事人对造成损害都没有过错的，可以根据实际情况，由当事人分担民事责任。”根据上述规定，适用公平责任原则的前提是当事人双方对损害的发生均无过错。但在本案中，周某和席某对交通事故的发生都有过错，所以，不能适用公平责任原则由两个人平均分担交通事故的损失。

本案只能适用证据法上关于“举证责任”的规定进行处理。《民事诉讼法》第64条第1款规定：“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。”最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第2条也规定：“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承

担不利后果。”在本案中，席某主张周某在交通事故中有侵权行为并给自己造成了损失，就应当对自己的主张承担举证责任，提出证据证明周某构成侵权行为的事实。其中，最基本的一点就是要证明周某是交通事故的肇事司机。但席某未能提供这方面的证据，因此，只能承担举证不能的责任，承担不利的诉讼后果。

3. 测谎结论对侵权事实认定具有什么作用?

【案情】

谢某和于某都是某村村民。2003 年春天，谢某家的耕牛跑进于某家的地里，将大片青苗践踏，给于某造成了不小的损失。由于两家是邻居，经过协商，谢某同意赔偿于某 1500 元以了结此事。由于谢某当时手里没有钱，双方商定 5 月前支付该赔偿款。由于谢某一直拖延支付赔偿金，2003 年 8 月，于某向人民法院提起诉讼，请求人民法院依法判决谢某支付赔偿金。

谢某辩称：自己家的耕牛践踏于某地里的青苗属实，但没有造成重大损失，而且当时已经给予于某适当的赔偿。现在，于某主张双方曾约定 1500 元赔偿金并要求自己支付，与事实不符，请求人民法院驳回其诉讼请求。于某向法庭提供了 3 名证人的证言，但未提供双方关于赔偿金的书面协议。在审理过程中，法庭征得双方当事人同意，委托司法鉴定机构对当事人双方进行了心理测试。测试表明，双方在 1500 元情节上均有记忆反应，综合分析，谢某说谎的可能性较大。

【要点】

本案所反映的是测谎结论对侵权事实认定的作用问题。

【评析】

在本案中，于某未能提供双方约定赔偿金的书面协议，只提供了证人证言，仅此尚不足以证明认定约定赔偿金的事实存在。同时，

法庭委托有关机构对谢某和于某进行了心理测试，测谎结论显示：谢某撒谎的可能性较大。在这种情况下，能否认定于某所主张的事实呢？换言之，在诉讼过程中，测谎结论能否作为证据使用呢？如果不能，它对于认定案件事实具有什么作用呢？

我国《民事诉讼法》第63条列举了7种证据形式：书证、物证、视听资料、证人证言、当事人的陈述、鉴定结论、勘验笔录。有人认为，心理测试可纳入鉴定结论范围，并可作为证据使用。由于测试是用纯机械性的手段，对涉案人员生理参量的测试，针对的是涉案人员心态的测试；而鉴定则是依据专业的科学技术，对案件事实作出检验鉴定结论，针对的是事实本身。两者并不相同，因而可以说心理测试结论并不在这7种法定证据形式之中。而且，目前尚没有司法解释确认心理测试结论在民事诉讼证据上的地位。因此，测谎结论不是合法的证据形式，在诉讼过程中不能作为证据使用。但我们不能因此就彻底否定心理测试的价值。

在民事诉讼中，有的案件双方当事人各自提供的证据的证明力大小很难判断；有的案件双方当事人的举证，都不能使待证事实达到高度盖然性的要求；还有的案件双方当事人所举证据严重矛盾，相互对立。但法院对任何已受理的案件，都必须行使裁判的义务，而没有拒绝裁判的权利。在上述特殊情况下，要最大限度地保证裁判的公正，心理测试确实是非常有效的一种办法。尽管有人对心理测试的准确性提出异议，认为其不能保证100%的正确，但我们应当承认的现实是司法实践中的鉴定结论也不可能100%正确，之所以鉴定结论被人们普遍接受就在于其在绝大部分情况下的正确性，而从审判实践中已运用心理测试结论的案件的情况看，绝大部分情况下法律效果和社会效果都是很好的，已被社会公众所接受。因而，心理测试尽管不能作为证据使用，但对法官运用自由心证对案件事实形成确信的过程中却有着重大意义，测谎结论往往会影响法官对双方当事人证据的证明力以及对待证事实的认定。最高人民检察院在《关于CPS多道心理测试鉴定结论能否作为诉讼证据使用的请示》的批复中认为："测谎鉴定结论可以帮助审查判断证据，但不能作为

证据使用。”这说明检察机关已承认了心理测试在审查判断证据中的作用。

当然，由于心理测试结论毕竟不是证据，只对审查判断证据起辅助作用，因而在对其使用时，必须要有相应的前提条件限制。一般认为，只有在双方当事人所举证据基本旗鼓相当且相互矛盾时或者一方当事人对另一方当事人所举证据提出足以令普通人置信的疑点时，才能实施心理测试，并运用其结论审查判断证据。

在本案中，于某向法庭提供了3份证人证言证明约定赔偿金的事实，同时，谢某也承认自己的耕牛践踏于某地里的青苗的事实。在这种情况下，法庭委托司法鉴定机构进行心理测试，结论显示：双方在1500元情节上均有记忆反应，谢某撒谎的可能性较大。该结论与于某提供的证人证言相互印证，说明于某主张的事实存在的盖然性较大，具有较高的可信度。因此，可以据此认定于某主张的事实，支持其诉讼请求。

4. 仅有同事证言能否证明侵权事实？

【案情】

2004年6月某日早晨，许某骑摩托车去邻近混凝土公司的水泥厂上班，途中摔倒受伤。2004年11月，许某向人民法院起诉，要求混凝土公司赔偿医疗费等损失共计5000元。许某向法庭提供了王某和唐某两位同事出具的内容为许某是在途经混凝土公司门口时，因路上有石子、泥土、水，许某的摩托车开过时打滑摔倒而导致其受伤的证明和由17名水泥厂职工出具的关于混凝土公司每天在公司门口冲洗运输混凝土的车辆，冲下的石子和泥土占用路面，影响路面正常使用的证明，说明其摔倒系混凝土公司在其门口冲洗运输混凝土的车辆，冲洗下来的石子和混凝土块在其骑车经过时导致车轮打滑造成的，故混凝土公司应赔偿其损失。混凝土公司则认为许某受伤的事实与混凝土公司无任何关系，其不应承担赔偿责任。

在庭审过程中，许某提供的证人到庭作证，证人李某证明有多

人反映混凝土公司门口因洗车将路面弄脏，发生多起路人途经混凝土公司门口时摔伤的事件，且混凝土公司对受伤者不负责任。证人欧某、钱某到庭作证，证明混凝土公司的运输车辆经常在门前洗车，每次洗车冲下的脏物占用路面，二人都曾因此摔倒或骑车路过时摩托车在石子上打滑摔倒。证人唐某和王某到庭作证，证明2004年6月某日上早晨，他们骑自行车上班途中，看见许某骑摩托车左转弯时在混凝土公司门口摔倒受伤，当时地上有水及混凝土公司洗车冲下来的石子、黄沙。许某还提供了照片，证明混凝土公司门口洗车后的路况不良。许某还提供了医疗费票据和交通费票据及其收入证明，证明其受伤受损的事实。混凝土公司则否认其在公司门口冲洗车辆；认为许某提供的二位目击证人系许某的同事，证明力低，其证言未能证明造成许某摔倒的直接原因；许某提供的17名职工的证明仅证明路况不好，不能证明许某受伤与混凝土公司有因果关系；王某的证言也是间接证据，证明力低。故混凝土公司不应承担赔偿责任。

【要点】

本案所反映的是当事人提供的证人证言及相关的证明能否证实其受侵害的事实问题。

【评析】

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第64条规定："审判人员应当依照法定程序，全面、客观地审核证据，依据法律的规定，遵循法官职业道德，运用逻辑推理和日常生活经验，对证据有无证明力和证明力大小独立进行判断，并公开判断的理由和结果。"在本案中，许某提供了17名水泥厂的职工的证明和证人李某、欧某和钱某的证言，以证实混凝土公司确在其门口洗车，洗下的脏物影响路面的正常行驶。一般来讲，水泥厂与混凝土公司相邻，去水泥厂上班，混凝土公司门口是必经之路，混凝土公司是否在门口洗车及洗下的脏物是否影响行人、车辆正常行驶，水泥厂的职工必

定会有切身感受，故许某提供的水泥厂多名职工的证明及证人李某、欧某、钱某的证言，对认定混凝土公司在门口洗车，留下的脏物影响行人、车辆正常行驶的事实有证明力，对上述证据应当予以采信。同时，许某提供的两位目击证人的证言，尽管该二人是许某的同事，但在混凝土公司只提出异议，未提供任何证据予以反驳的情况下，该证据有证明力。因此，对许某主张的其摔倒系混凝土公司在其门口冲洗运输混凝土的车辆，冲洗下来的石子和混凝土块在其骑车经过时导致车轮打滑造成的事实，应当予以采信。

根据侵权法的相关理论，构成侵权必须有四个因素，即主观过错、侵权行为、损害结果、侵权行为与损害后果间的因果关系。本案中，许某受伤与混凝土公司之间是否存在因果关系是混凝土公司是否承担相应民事责任的关键。混凝土公司在其门口洗车，洗下来的脏物影响了路面的正常行驶。混凝土公司门口的路段系公共场所，供大家通行，本身不能占用用于洗车，为了公共利益，每个人都有维护路面正常通行的义务。混凝土公司洗车后，其更有义务维护该路面的正常通行以保障公共安全。但本案中，混凝土公司洗车后，未能及时将在路面的脏物清理干净，未尽到安全注意义务，导致许某骑车路过时摔倒，混凝土公司不作为的行为与许某受伤结果存在因果关系。混凝土公司疏于维护路面的正常通行，其主观上有过错，因而对造成许某受伤受损应承担相应民事责任。

5. 建筑物致人损害的侵权案件，举证责任应当如何分配？

【案情】

王某是一位退休工人，现年70岁，退休后一直赋闲在家。王某的子女都非常孝顺，在自己居住的小区里为老人买了新房，一家三代住在一起，享受着让人羡慕的天伦之乐。2004年8月的一天晚上，王某在儿子家里吃了晚饭，看完了喜欢的电视节目，12点多才回家。儿子本来打算送他，被王某拒绝了。第二天早上，王某被发现躺在楼下，已经死亡。王某的子女十分悲痛，将王某火化，料理完后事，

随即将小区的物业告上了法庭。王某的子女认为，是小区住宅楼上的灯箱坠落，造成王某死亡的。小区物业作为管理人，未尽到管理职责，应当承担赔偿责任。王某的子女向法庭提供了住宅楼顶灯箱坠落后残留的支架照片以及该楼住户的证人证言，证实：在王某意外死亡的当天晚上，曾经听到有东西坠落的声音。小区物业管理公司答辩称：王某意外死亡当晚，小区住宅楼上的灯箱确曾坠落，但坠落的时间、地点与王某死亡的时间、地点不符。王某患有严重的心脏病，其死亡应当是心脏病突发造成的。不同意王某子女的诉讼请求。

【要点】

本案所反映的是特殊侵权案件中建筑物致人损害的举证责任如何分配的问题。

【评析】

本案是一起建筑物上的附属物致人损害的侵权诉讼案件。所涉及的关键问题是如何在当事人之间分配举证责任。这直接关系到本案的诉讼结果。

最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第74条规定："在诉讼中，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。但在下列侵权诉讼中，对原告提出的侵权事实，被告否认的，由被告负责举证：……（4）建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落致人损害的侵权诉讼；"这就是通常所说的举证责任倒置。所谓举证责任倒置，是相对于正置而言的。所谓举证责任正置，指的是谁主张谁举证的一般证明规则。之所以要进行举证责任倒置，主要是针对特殊侵权行为条件下，受害人相对于侵权行为人，易发生举证困难或举证不能情形，在这种情况下要求受害人提供证据，势必使其陷于极端不利的诉讼地位，无异于让其败诉。另一方面，特殊侵权案件因为具有一定的技术性，如医疗纠纷、专利侵权等，或基于管理责任，在是否

存在主观过错以及是否存在因果关系的证明上，加害人举证比较容易，或者这些证据本来就掌握在加害人力所能及的范围内，在举证能力上较受害人有相当大的优势，在这种情况下，让加害人证明“无”比让受害人举证证明“有”往往更容易一些。

在实行举证责任倒置的情况下，有几点是需要注意的：（1）适用举证责任倒置并不免除受害人举证责任。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第4条第1款第4项规定：“建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落致人损害的侵权诉讼，由所有人或者管理人对其无过错承担举证责任；”在建筑物致人损害的侵权案件中，举证责任倒置，并没有倒置构成侵权行为的全部要件，仅仅是主观过错的举证责任由侵权行为人承担。受害人仍应对其他构成侵权的法律要件（侵权行为、损害事实以及两者之间存在因果关系）承担举证责任。（2）适用举证责任倒置并不排斥受害人就倒置的事由提供相应的有利于受害人的证据。实际上，许多受害人即使知道证明责任不在自己一方，也常常会因胜诉的诱惑而努力加以反证，对此，不能因为举证责任倒置，而拒绝受害人就此提供证据。（3）举证责任倒置发生的时机。在举证责任正置的情况下，受害人承担对构成侵权全部要件的举证责任，因此无所谓就哪一要件先举证，哪一要件后举证，尤其是关于各要件的证据往往融合在一起，举证时没有明确的先后之分。从合理的角度来说，一般侵权行为，其四要件举证的先后应当是：侵权行为、损害结果、因果关系、主观过错。理由是：只有行为人实施一定的侵权行为才有可能出现损害后果，当确有后果发生时，才考虑两者之间是否有因果关系，如果确实存在因果关系，才考虑行为人主观上是否存在过错。在举证责任倒置的情况下，其举证的先后关系也应当符合上述顺序。不能因为举证责任倒置，而忽略举证顺序的逻辑性。以举证责任倒置为由，首先要求加害人提供是否存在主观过错的证据，否则有悖逻辑，违背合理性，人为地增加了加害人的举证难度，或者使加害人的举证行为因为受害人举证不能（例如，不存在损害结果却要求加害人先证明是否存在主观过错）而成为徒劳。

根据上述分析，王某的子女应当首先就侵权行为、损害结果以及两者之间的因果关系提供证据。其提供的照片和证人证言证明的是灯箱坠落的事实，同时小区物业管理公司承认王某死亡当晚该住宅楼的灯箱坠落的事实，该事实由于被告的自认，已经无需证明。侵权行为一项已经得到证实。王某死亡的损害结果也是客观存在的。但就侵权行为与损害结果之间存在因果关系一项，即王某的死亡确系由灯箱坠落，击中王某或者使王某受到惊吓，心脏病突发造成，王某的子女未能提供证据证实。由于王某已经火化，也不能通过尸体检验来证明上述事实。因此，王某的子女由于未能完成举证责任，将承担举证不能的诉讼后果。其诉讼侵权无法得到人民法院的支持。在王某的子女未能完成其应当承担的举证责任，侵权行为与损害事实之间的因果关系尚未得到证明的情况下，某物业管理公司无需就其无过错承担举证责任。

6. 高度危险作业致人损害的侵权案件，举证责任应当如何承担?

【案情】

孙某夫妇有一个活泼可爱的男孩孙某某，今年11岁，上小学5年级。由于是独生子，父母和亲友们都非常疼爱，视为掌上明珠。但谁也想不到，不幸偏偏降临在他的头上。2004年6月的一个傍晚，孙某某在放学回家的路上，途经一个路口，发现路边的电线杆上挂着一只风筝。淘气的孙某某立即放下书包，爬上电线杆，想把风筝摘下来。电线杆上的变压器已经被挪走，但装变压器的平台和横杆还没有拆除，所以孙某某很容易就爬了上去。当孙某某临近电线杆顶端时，被一股强劲的电流击中，从电线杆上跌落下来。经送医院抢救，最后实施了截肢手术。孙某一家人被这场惨祸打击得痛不欲生。孙某夫妇找到某电力公司，要求赔偿。某电力公司认为，孙某某擅自攀爬电线杆的行为，违反了《电力设施保护条例》的规定，由此造成的人身损害，依法应当自行承担，电力公司不承担民事责

任。由于双方无法达成一致意见，孙某夫妇以孙某某的名义向人民法院提起诉讼，主张某电力公司从事高度危险作业，导致孙某某触电致残，依法应当承担民事赔偿责任。孙某夫妇向法庭提交了事故现场的照片、某医院的诊断书和医疗费单据等证据。某电力公司认为，依照最高人民法院《关于审理触电人身损害赔偿案件若干问题的解释》的规定，受害人在电力设施保护区内从事法律、行政法规所禁止的行为，因高压电造成人身损害的，电力设施产权人不承担民事责任。孙某某擅自攀爬高压电线杆，违反了《电力设施保护条例》的规定，由此造成的损害，电力公司不承担责任。

【要点】

本案所反映的是特殊侵权案件中，高度危险作业致人损害的举证责任如何承担的问题。

【评析】

《民法通则》第123条规定："从事高空、高压、易燃、易爆、剧毒、放射性、高速运输工具等对周围环境有高度危险的作业造成他人损害的，应当承担民事责任；如果能够证明损害是由受害人故意造成的，不承担民事责任。"所谓高度危险作为致人损害，是指因从事对周围环境具有高度危险的作业给他人造成的损害。高度危险作业是对危险性工业在法律上的一种专业性表述，它特指在现有技术条件下，人们尽管以极其谨慎的态度进行管理和经营，仍不能完全控制自然力量和某些物质属性，仍有很大可能造成他人生命、健康以及财产损害的危险性作业。通常认为，作业人是指实际控制危险作业的客体并利用该客体谋取利益的人，包括高度危险作业的客体的所有人和经营管理人。某电力公司从事的高压电作业属于高度危险作业，按照《民法通则》的规定，因此给他人造成损害后果的，电力公司应当承担无过错责任，即不论电力公司是否有过错，都应当按照法律规定承担民事赔偿责任，除非有证据证明损害是由受害人故意造成的。

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第4条第1款第2项规定："……高度危险作业致人损害的侵权诉讼，由加害人就受害人故意造成损害的事实承担举证责任；"也就是说，在高度危险作业致人损害引起的侵权纠纷中，实行的是举证责任倒置的原则。加害人要就免责条件，即受害人故意造成损害承担举证责任。所谓故意，是指当事人主观上明知并且追求或者放任结果的发生，不包括当事人的过失或重大过失。因此，如果查明损害不是由于受害人故意造成的，即便受害人存在过失或者重大过失，也不能免除加害人的民事责任。故意包括直接故意和间接故意。所谓直接故意，是指受害人明知自己的行为会导致自己的人身和财产损害，而希望和追求这种结果发生的主观心理态度，如通过触电自杀或者自伤的行为；所谓间接故意，是指受害人明知自己的行为会使自己的人身或者财产遭受损害，而放任这种结果发生的主观心理态度，如擅自闯入严禁入内的高度危险区域，导致伤残的后果的行为。而受害人的举证责任则包括：（1）承担其因高度危险作业而受到损害的举证责任。如提供医院的诊断证明、证人证言、照片和录像等影像资料等；（2）证明加害人从事了对周围环境有高度危险的作业；（3）就其受损害的事实和加害人所从事的高度危险作业之间的因果关系承担举证责任。在本案中，孙某夫妇向法庭提交了事故现场的照片、某医院的诊断书和医疗费单据等证据，证明了某电力公司从事高度危险作业，客观上造成了孙某某人身损害的后果，两者之间存在因果关系。某电力公司对对方主张的事实不予否认，受害人一方已经完成了自己的举证责任。

在这种情况下，某电力公司如果不想承担民事赔偿责任，就必须就免责条件举证证明。但某电力公司没有提供有力证据证明损害后果是孙某某故意造成的。对于限制民事行为能力人孙某某来说，其擅自攀爬电线杆虽然是故意为之，但这种故意只是攀爬电线杆的故意，而不是追求损害结果的故意。对于触电致残的损害结果，孙某某既不存在明知可能发生损害而追求该结果的发生的直接故意，也不存在明知可能发生该损害而放任该结果发生的间接故意。作为

年仅 11 岁的限制民事行为能力人，孙某某虽然对高压电的危险性具有一定认识和判断能力，但由于在本案中，电线杆上的变压器已经移走，虽然放置变压器的平台和横杆没有拆除，但足以让孙某某产生爬电线杆已经没有危险的误解，对于损害结果不是存在“明知”的主观心理状态。

某电力公司认为，依照最高人民法院《关于审理触电人身损害赔偿案件若干问题的解释》的规定，受害人在电力设施保护区内从事法律、行政法规所禁止的行为，因高压电造成人身损害的，电力设施产权人不承担民事责任。孙某某擅自攀爬高压电线杆，违反了《电力设施保护条例》的规定，由此造成的损害，电力公司不承担责任。对此，应当看到，按照《民法通则》的规定，受害人故意造成损害的，高度危险作业的加害人才能免于承担民事责任。最高人民法院《关于审理触电人身损害赔偿案件若干问题的解释》第 3 条规定：“因高压电造成的人身损害有下列情形之一的，电力设施产权人不承担民事责任：（1）不可抗力；（2）受害人以触电方式自杀、自伤；（3）受害人盗窃电能，盗窃、破坏电力设施或者因其他犯罪行为引起触电事故；（4）受害人在电力设施保护区从事法律、行政法规所禁止的行为。”司法解释的规定是对《民法通则》有关规定的补充解释，必须结合《民法通则》的相关规定的立法精神来理解。这里所说的“受害人在电力设施保护区从事法律、行政法规所禁止的行为”，应当是受害人故意实施的行为，即受害人明知法律、行政法规禁止在电力设施保护区内从事该行为而故意实施。只有在这种情况下，电力设施产权人才可以免予承担民事责任。受害人出于过失或者没有主观过错的情况下违反法律、行政法规的规定，在电力设施保护区内从事禁止的行为，不在加害人免责范围之列。由于孙某某的年龄限制，其不可能对电力行政法规和上述司法解释的规定有所了解，即不可能知道攀爬电线杆是违法行为。因此，孙某某在主观上没有过错。某电力公司不能以孙某某攀爬电线杆的行为违反了行政法规的禁止性规定为由，主张免责。

综上所述，某电力公司没有证据证明损害结果是孙某某故意造

成的，不能免除其民事责任。同时，最高人民法院《关于审理触电人身损害赔偿案件若干问题的解释》第2条第2款规定："对因高压电引起的人身损害是由多个原因造成的，按照致害人的行为与损害结果之间的原因来确定各自的责任。致害人的行为是损害后果发生的主要原因，应承担主要责任；致害人的行为是损害后果发生的非主要原因，则承担相应的责任。"在本案中，孙某某的监护人未尽到监护责任，也是导致损害结果发生的原因之一。最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第10条规定，监护人的职责包括："保护被监护人的身体健康"、"对被监护人进行管理和教育"等。被监护人因触电造成的人身伤亡，在某些情况下与监护人未尽到监护职责有关，如本案中孙某某爬电线杆摘风筝，就与监护人未充分尽到安全教育职责有关。在这种情况下，如果监护人对被监护人的触电伤亡不承担任何责任，不利于加强人们对被监护人的管理和教育，也不利于被监护人的健康成长，同时对电力设施产权人来说也是不公平的。因此，在监护人对被监护人因触电造成的人身伤亡有重大过失的情况下，实行过错相抵，适当减轻电力设施产权人的民事责任，有利于督促监护人履行其监护职责，体现法律的公平与合理。我国《民法通则》第131条规定："受害人对损害的发生也有过错的，可以减轻侵害人的民事责任。"某电力公司在移走变压器之后，既未拆除放置变压器的平台和横担，也未设置安全警示标志，仍然对该线路输送高压电，是触电事故发生的主要及直接原因。孙某某的监护人未尽到安全教育的监护职责，导致孙某某擅自攀爬电线杆，也是事故发生的原因之一，具有过错，应当承担相应的民事责任，适当减轻某电力公司的民事责任。

7. 环境污染致人损害的侵权案件，举证责任应当如何分配？

【案情】

白某承包了村集体所有的一段河道，用来养鱼。由于养殖得法，

很快白某就成了远近闻名的养鱼专业户，收入颇丰。2004 年 5 月某日，白某发现其河中养的鱼大量死亡。此后，白某获悉邻村的薛某当日曾经在自家门口洗白果，便怀疑是其将洗白果后的污水排入河中，造成河水受污染，导致自己养的鱼中毒死亡。白某向人民法院提起诉讼，要求薛某赔偿自己的经济损失 5000 元，并向法庭提供了证人证言，证明在白某的鱼大量意外死亡当天，薛某曾经在家门口洗白果。但未能提供鱼死亡原因的鉴定结论。薛某承认当天自己曾在家门口洗白果，但否认曾经向河中排放污水，不同意白某的诉讼请求。白某养鱼的河段距薛某家有两公里左右的距离。

【要点】

本案所反映的是特殊侵权案件中，环境污染的举证责任分配的问题。

【评析】

在经济快速发展的今天，因环境污染造成的损害纠纷日益增多，本案是一起环境污染引起的侵权损害赔偿纠纷案件。在这类案件中，受害人如何通过法律途径维护自己的合法权益呢？关键是当事人根据自己承担的举证责任，就自己的主张向法院提供充分的证据。

《民法通则》第 124 条规定：“违反国家保护环境防止污染的规定，污染环境造成他人损害的，应当依法承担民事责任。”我国法律规定的民事侵权责任的构成要件一般有四点：加害行为；损害结果；主观要素；加害行为与损害结果之间的因果关系。侵害人的行为符合此四个条件的，则依法应当承担民事赔偿责任。当然，因为环境污染损害赔偿案件适用无过错责任，故加害人是否有侵权的主观故意或过失不再成为诉讼证明的对象，加害人也不得以自己无主观故意或过失进行抗辩。该类案件是《民法通则》规定的特殊侵权中的一种，其举证责任分配一般适用通常所说的举证责任倒置的规则，也就是说举证的责任在被告方。如果被告方不能完成举证责任，就要承担败诉的后果。但是我们在适用举证责任倒置规则时也应注意，

在举证责任倒置的案件中，并不是所有的案件事实都倒置给被告证明，原告必须对与案件有关的基础事实负举证责任，也就是说该类案件的举证责任并不全是要由加害人即通常的被告方举证。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第4条对该类案件的举证责任作了进一步规定，较为明确地规定了各种特殊侵权案件中双方当事人各自应承担的举证责任。根据该条规定，在环境污染损害赔偿纠纷案件中举证责任明确分配给加害人的是：行为与损害结果之间不存在因果关系和免责事由。反言之，对构成侵权的其余事实举证责任则分配给了受害人。

在环境侵权案件中，受害人首先应当证明：（1）加害人存在加害行为，如加害人排放污水的时间、地点、方式、造成水污染的程度、噪声的强度，等等。而实践中，对此类行为一般需要行政机关的专门勘察、现场调查和一定的专业技术鉴定从而形成诉讼证据，针对环境污染损害本身的特殊性，加害人必要时应当采取证据保全的措施，申请公证机关或人民法院进行证据保全，以弥补个人取证的不足。（2）损害事实即损害结果，因加害人的加害行为造成直接的损害结果，比如鱼死亡的种类、数量、价值，等等。受害人不能满足上述两个要件则可能要承担败诉的结果。如受害人举证满足了上述两个要件，加害人仍不承认，则由加害人就法律规定的免责事由和行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任，其若不能证明其行为与损害结果之间不存在因果关系，加害人当然依法要承担举证不能的赔偿责任。

在本案中，对白某受到损害的事实，当事人双方没有争议。白某提供的证人证言证明，鱼死亡的当天薛某曾在自家门口洗白果，薛某对此予以承认。但对薛某是否有加害行为，即薛某是否向河中排放了污水，造成白某养鱼河段的水受到污染，导致鱼死亡的事实，双方的主张截然相反。白某显然未能举证证实薛某曾将洗白果的污水排入河中，也未能举证证实相距约2公里的自家养鱼河段受到薛某家洗白果的水污染的事实。同时，对其养的鱼死亡的真实原因也未能提供鉴定结论。故按照法律规定的举证责任分配原则，白某对

薛某是否存在加害行为，未能尽到举证责任。因此，其主张要求薛某赔偿其损失的诉讼请求不能得到法律的支持。因此，法院根据《民法通则》第124条、最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第4条第1款第3项之规定，判决驳回白某的诉讼请求。

8. 动物致人损害的侵权案件，举证责任应当如何分配?

【案情】

2004年10月某日，正逢某地农村赶集的日子，集市上人来人往，十分热闹。农民邹某满怀欢喜地和同村的村民一起来赶集，想为自己的孩子买几件秋天的衣服。他万万没有想到，祸从天降，一场飞来横祸将自己送进了医院。当时，在集市上摆肉摊的宋某正忙着招呼客人，冷不防，一条狗（王某饲养）叼起肉摊上的一块猪肉就跑掉了。宋某连忙追赶，狗一路飞奔，在跑到十字路口时，刚好遇到张某牵着自己的马来赶集，马被飞跑的狗惊吓，向一旁跳跃，将从旁经过的邹某撞翻在地。邹某被同来的村民送到医院，经诊断为小腿骨折，在治疗过程中花去医疗费用1500元。事后，邹某找张某、王某、宋某三人协商赔偿损失问题未果，于2005年3月向人民法院提起诉讼，要求被告张某、第三人王某和宋某赔偿自己的医疗费、误工费、护理费等经济损失共计3000元。邹某向法庭提交了自己关于案发经过的陈述，同村村民的证言，医院的病历和医疗费单据和误工费、护理费的清单作为证据。张某答辩称自己的马撞倒邹某属实，但马是受到了王某饲养的狗的惊吓才撞伤邹某。赔偿责任应当由王某承担。张某提供了在场群众的证言，证实自己的马受到了狗的惊吓。王某则提出狗奔跑惊马是由于宋某的追赶，赔偿责任应当由宋某承担。虽然狗惊了马，但撞人的毕竟是马，而不是狗，承担赔偿责任的应当是马的主人。从这个角度看，自己也不应当承担赔偿责任。宋某提出自己追赶狗是因为狗叼走了肉摊上的肉，事出有因，而且撞人的是马而不是狗，自己不应当承担赔偿责任。第三人王某和宋某分别就自己的主张提供了本人的陈述和证人证言。

【要点】

本案所反映的是特殊侵权纠纷中，动物致人损害的举证责任的分配问题。

【评析】

我国《民法通则》第127条规定："饲养的动物造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担民事责任；由于受害人的过错造成损害的，动物饲养人或者管理人不承担民事责任；由于第三人的过错造成损害的，第三人应当承担民事责任。"上述法律规定对该类案件中不同当事人的责任形式和责任构成条件作出了规定。因此，在该类案件中，原告要求被告承担赔偿责任或者被告以及第三人希望免除或者减轻自己的责任，都必须针对法律规定的责任形式和责任构成条件提供证据并加以证明和说明，以证明自己的主张和说服法官。换言之，不同当事人在此类案件中的证明责任和说服责任是各不相同的。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》）对此类案件中的举证责任的分配进一步作出了规定。《证据规定》第4条第1款第5项规定："下列侵权诉讼，按照以下规定承担举证责任：……（五）饲养动物致人损害的侵权诉讼，由动物饲养人或者管理人就受害人有过错或者第三人有过错承担举证责任；"也就是说，在这类案件中实行的是"举证责任倒置"。

所谓"举证责任倒置"，并不是说原告不承担任何举证责任。在此类案件中，按照法律的规定，被告承担的是无过错责任，除非其能够证明法定的免责事由的存在，否则就要承担民事责任。也就是说，这里的"举证责任倒置"仅限于将法定的免责事由的举证责任倒置给了被告。从侵权损害赔偿责任的构成条件看，原告仍然应当就其中的三个方面承担举证责任。（1）损害结果。所谓损害结果，是指由于自己受到侵害而遭受的损失。这里的损失包括直接的损害和间接的损失，物质的损失和精神的损失。如果原告不能举证证明这种损失的存在，法院是不可能判决给予赔偿的。因为赔偿是以损

害的存在为前提条件的。（2）侵权行为。如果不能举证证明这种侵权行为的存在，法律上就无法确定是什么人的行为造成了损害，也就不能确定赔偿责任的主体。（3）侵权行为与损害结果之间存在因果关系。因果关系是确定侵权行为人对损害结果承担民事责任的一个重要方面。如果行为人的行为与损害结果之间没有因果关系，是不能要求行为人承担赔偿责任的。由此可见，即使是在举证责任倒置的情况下，原告也负有相应的举证责任。除此之外，针对被告的举证和质证，原告往往还需要运用证据来证明自己对于遭受的侵害主观上没有过错。如果原告不能针对被告的举证提出证据，或者提出的证据不能证明自己没有过错，都可能面临败诉的风险。因为，按照法律规定，如果损害是由于受害人的过错造成的，动物的饲养人和管理人不承担民事责任。

就被告的举证责任而言，由于这类案件实行的是无过错责任，即按照法律规定，除非被告能够举证证明有法律规定的免责事由存在，否则，即便被告没有过错也要承担民事赔偿责任。按照法律规定，这种免责事由包括两个方面：一是受害人有过错。受害人的过错包括故意和过失两个方面。故意是指受害人有意挑逗动物导致损害的情况。过失是指受害人知道或者应当知道动物有导致损害的危险而不予防范、躲避而遭受损害。例如明知马性情暴躁，靠近有可能被伤害，仍然在马身旁燃放爆竹，导致马受惊撞伤自己。二是第三人有过错。第三人的过错是指受害人和动物的饲养人或者管理人以外的人对动物致人损害的行为有过错。第三人的过错也包括故意和过失两种心理态度。第三人有意诱使或迫使动物对人进行损害的为故意。第三人应当预见或者知晓自己的行为可能导致动物对他人的损害而未能预见或者自认为可以避免而实际上未能避免的为过失。被告人如果在诉讼中可以向法官提出证据，证明存在这两种法定的免责事由之一，就可以免除自己的赔偿责任。反之，如果无法证明这两种法定免责事由之一的存在，就要承担民事赔偿责任。

就第三人的举证责任而言，虽然这类案件对被告适用的是无过错责任的归责原则，但对第三人仍然适用一般的过错责任归责原则。

也就是说，在这类案件中，第三人承担民事责任的前提条件是必须具有过错。换言之，第三人要证明自己不承担民事责任，从举证责任的角度上看，就要举证并证明自己的行为中没有过错。如果举不出证据或者不能证明自己没有过错，就要承担民事赔偿责任。

在本案中，原告邹某向法庭提交了自己关于案发经过的陈述以及同村村民的证言以及医院的病历和医疗费单据和误工费、护理费的清单作为证据。可以说，这些证据是比较充分的。这些证据不仅证明了张某的马将其撞倒，从而导致自己骨折的事实，而且也充分证明了损害行为与损害结果之间的因果关系。其陈述与证人证言、与医院的病历相互印证，证据的运用证明效果都是比较好的。被告张某在举证过程中仅向法庭提交了关于王某饲养的狗惊吓自己的马的证据材料，并以自己的马撞伤原告邹某是由于受到王某的狗的惊吓为由，来证明自己不承担赔偿责任。其举证和证明都是不充分的。虽然就举证而言，基于多种原因，事实上有可能难于提出充分的证据。但是在证明的思路和技术上却是不可以有误的。本案的被告张某在证明思路和技术上存在重大缺陷。按照法律规定，张某的免责事由只有两个，即受害人有过错或者第三人有过错导致损害的发生。因此，在本案中，被告张某要免除自己的责任，只能设法举证证明第三人在自己马致人损害的过程中有过错。但张某却去证明同为动物饲养人的王某对狗管理不善，导致狗在奔跑中惊吓了自己的马，而不是设法证明有人基于故意或者过失（如故意挑逗马或者在马旁边燃放爆竹）导致自己的马致人损害。不仅其证明对象和方式上有错误，而且由于这种证明方式和所证明的问题不属于法定的免责事由，即便法院认为其主张有道理，也不可能免除其责任。因此，可以说其证明的思路和技术上是存在重大问题的。

第三人王某在举证中也仅向法庭提交了有关宋某追赶狗的经过的证据材料，并以自己的狗惊吓马是由于宋某的追赶为由，以证明自己不应当承担民事责任。其举证和证明也是不充分的。因为即便是法院认定宋某打狗有过错，也仍然不能免除或者减轻王某的民事责任。本案正是因为其饲养的狗叼走了宋某肉摊上的肉，导致宋某

追赶才引发的。即王某对自己饲养的狗管理不善，导致了损害结果的发生。因而，不论王某怎么进行证明，都无法免除或者减轻自己的责任。第三人宋某在举证中向法庭提交了关于王某的狗叼走自己肉摊上的肉的证据材料，并以自己追赶狗系事出有因为由证明自己不应承担民事责任。就其对追赶狗的原因和经过的举证而言，应当是充分的。但是在证明自己没有过错这一点上却是很不充分的。因为，“事出有因”本身并不能说明宋某在追赶狗时没有过错。过错就其基本含义来说是指行为人实施行为时对于行为可能产生或者导致的有害结果的一种心理态度，如果行为时行为人明确知道自己的行为必然会导致某种危险结果发生而执意实施，就是故意。如果行为时行为人应当知道或者已经知道可能导致危险结果的发生，而没有意识到或者认为可以避免，就是过失。而事出有因从行为人行为时的情况看，仅仅是行为人实施行为时的一种动机，即追回被叼走的肉。所以，严格地讲，“事出有因”仅表明宋某追赶狗的原因，而不能证明宋某在实施追赶狗的行为时的心理态度。宋某对自己免责条件的证明也是很不充分的。

《证据规定》第2条规定：“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。”由于被告张某、第三人王某和宋某提供证据不足以证明自己的主张，因此应当承担不利的诉讼后果。具体而言，第三人宋某为追回自己肉摊上的肉而追赶叼走肉的狗，其应当预见到追赶狗的行为可能会产生危险，而没有预见到，以致狗在奔跑过程中惊吓了本案被告张某的马，从而导致马受惊撞伤原告邹某的后果。虽然其行为事出有因，但却不足以证明自己主观上没有过错。第三人王某作为狗的饲养人，对其饲养的狗管理不善，导致狗叼走宋某肉摊上的肉，由此引起宋某追赶狗，进而导致狗惊吓马，马撞人的损害结果的发生，其有关狗惊吓马是因为宋某追赶狗所致的抗辩不足以免除自己在本案中的责任。被告张某作为马的饲养人，虽然其饲养的马撞人是由于受到狗的惊吓所致，但其对马

的管理未给予必要的注意，以致马受惊后撞倒邹某致其受伤，也不具备免责条件。因此，三人的行为都是造成原告损害后果不可缺少的原因。三人构成共同侵权，应当共同承担赔偿责任。原告邹某对损害后果的发生没有过错，因此不能减轻或者免除被告和第三人的赔偿责任。鉴于宋某追赶狗事出有因，应当负次要责任；王某对饲养的狗管理不善，导致损害发生，应当负主要责任；张某的马撞人是由于受到了狗的惊吓，应当负次要责任。[①]

9. 不明高空坠物致人损害的侵权案件，举证责任应当如何分配？

【案情】

姚某是某小区居民。2004 年 12 月某日傍晚，姚某下班经过该小区 9 号居民楼 2 单元楼下时，被一只从空中坠落的花盆击中头部。姚某当即被送到医院抢救，经诊断为：开放性颅脑损伤，住院治疗达一个多月，花去医疗费用 5 万多元。经过多方查访，该花盆的所有人始终无法确定，姚某遂以 9 号楼 2 单元二楼以上所有住户为被告，向人民法院提起诉讼，请求人民法院判决各被告共同承担其医疗费、误工费、护理费、精神损害抚慰金等共计 10 万元的赔偿责任。姚某向人民法院提交了本人关于案发经过的陈述、小区居民的证人证言、医院的病历、医疗费单据等作为证据，证明其主张的事实。各被告则认为，由于花盆的所有人无法确定，本案没有明确的被告，人民法院应当驳回姚某的起诉。

【要点】

本案所反映的是特殊侵权案件中，不明高空坠物致人损害的举证责任应当如何分配的问题。

---

① 廖中洪主编：《侵权损害赔偿典型案件诉讼证据运用》，广东人民出版社 2002 年版，第 537～549 页。

【评析】

本案实际上是一起建筑物上的搁置物坠落致人损害的特殊侵权纠纷，其特殊之处在于：坠落物的所有人不能确定，受害人以所有可能的坠落物所有人为共同被告提起诉讼，要求其共同承担赔偿责任。这使本案在举证和证明的思路上有了一定的特殊性和复杂性。

《民法通则》第126条规定："建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落造成他人损害的，它的所有人或者管理人应当承担民事责任，但能够证明自己没有过错的除外。"最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》）第4条第1款第4项规定："下列侵权诉讼，按照以下规定承担举证责任：……（四）建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落致人损害的侵权诉讼，由所有人或者管理人对其无过错承担举证责任；"根据上述法律和司法解释的规定，这类侵权纠纷在归责原则上实行的是"过错推定"的原则，在举证责任上实行的是"举证责任倒置"。就原告的举证责任而言，其应当就损害结果、侵权行为、侵权行为与损害结果之间的因果关系举证。但有一点是需要注意的，即按照举证责任的分配规则，虽然原告不必就被告是否有过错举证，但原告应当注意就自己是否有过错收集证据，准备举证。因为一旦被告举证证明原告有过错，原告就必须用有力的证据加以否定，否则就可能面临败诉的风险。就被告的举证责任而言，由于这类侵权纠纷对被告适用的是"过错推定"的归责原则，被告如果想免除自己的民事赔偿责任，就必须举证证明自己没有过错。侵权责任构成要件中的主观过错部分的举证责任被倒置给了被告。被告可以通过举证证明损害结果是受害人或者第三人的过错，或者是由于不可抗力造成的，以证明自己作为建筑物的所有人或者管理人没有过错。由于本案的特殊性，各被告人还可以通过证明自己不是共同危险行为人，即证明坠落的花盆不是自己所有的物件，来免除自己的民事赔偿责任。如果被告人举证不足，将无法逃避法律所规定的共同侵权的连带赔偿责任。

按照《民事诉讼法》的规定，起诉必须有明确的被告。本案属于建筑物上的搁置物坠落致人损害的侵权赔偿纠纷，因此，被告应当是坠落物的所有人或者管理人。但在本案中，坠落物的所有人无法确定，所有的被告均否认坠落物为其所有。在没有证据证明坠落物究竟为谁所有的情况下，按照我国《民法通则》第130的规定，“二人以上共同侵权造成他人损害的，应当承担连带责任。”各被告为共同侵权行为人。姚某有权向共同侵权行为人中的任何一人提出承担全部民事赔偿责任的请求，被请求人不得拒绝。如遭拒绝，作为受害人，姚某可以请求人民法院判决其承担赔偿责任。如果姚某将全部加害人列为共同被告，各加害人承担连带赔偿责任并依各共同加害人的情况确定各自应当分担的赔偿额。所谓共同侵权行为，包括共同加害行为、共同危险行为和教唆与帮助行为三种类型。其中共同危险行为是指两人以上共同实施了侵害他人的危险行为而不知谁为加害人的情况。其构成要件是：（1）两人以上共同实施了危险行为；（2）行为具有危险性，即有致人损害的危险，否则，不构成共同危险行为；（3）不知谁为加害人。如能证明谁为加害人，也不构成共同危险行为。共同危险行为的立法理由在于行为人的危险性。因不知谁为加害人，则只能令所有制造此种危险的人共同承担责任以保护受害人。共同危险行为人并非都是实际加害人，这是此种行为与共同加害行为的区别。因共同危险行为人均为可能的加害人，凡能证明自己未实施危险行为的人，不承担共同危险行为的民事责任。《证据规定》第4条第1款第7项规定：……“（七）因共同危险行为致人损害的侵权诉讼，由实施危险行为的人就其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任；”而本案共同危险行为与损害结果之间的因果关系是显而易见的，当事人对此没有争议，所以，被告不能免责。

在本案中，姚某向人民法院提交了本人关于案发经过的陈述、小区居民的证人证言、医院的病历、医疗费单据等作为证据，证明了侵权行为与损害结果的存在以及两者之间的因果关系，举证是比较充分的，达到了证明效果。而各被告人仅主张花盆的所有人无法

确定，本案没有明确的被告，提出人民法院应当驳回姚某的起诉，而未能就损害结果是受害人、第三人或者不可抗力造成的，或者自己不是共同危险行为人举出充分的证据，也没有通过其他方式证明自己没有过错，自然应当承担举证不能的责任。因此，各被告人将面临败诉的后果。

10. 私人建造的地下物致人损害的侵权案件，举证责任应当如何分配？

【案情】

张某是某村农民，为储存灌溉水源，张某在自家的耕地中挖掘了一个深 2 米的蓄水池。2004 年 9 月，同村村民苏某的儿子（10 岁）在独自玩耍过程中，不慎落入该蓄水池，溺水身亡。苏某向人民法院提起诉讼，认为张某在挖掘蓄水池后未采取任何安全措施，造成安全隐患，导致其子溺水身亡，应当承担民事赔偿责任，请求人民法院依法判决张某赔偿因其子死亡而造成的物质和精神损失共计 3 万元。苏某向人民法院提供了自己关于事发经过的陈述以及蓄水池的照片、同村居民的证言作为证据。张某认为，自己在自家耕地中挖蓄水池，不属于《民法通则》第 125 条规定的“在公共场所、道旁或者通道上挖坑、修缮安装地下设施等，没有设置明显标志和采取安全措施造成他人损害的，施工人应当承担民事责任”的范围，自己没有对蓄水池设置明显标志和采取特别安全措施的义务。苏某之子溺水身亡，是由于其监护人未尽到监护义务造成的，自己没有过错，不应当承担赔偿责任。张某也就其主张的事实提供了相应的证据。

【要点】

本案所反映的是私人建造的地下物致人损害的是否属于特殊侵权案件，其举证责任应当如何分配的问题。

【评析】

在本案中，当事人双方争议的焦点是张某在自家耕地中建造的蓄水池是否属于《民法通则》第125条调整的范围，即张某是否负有对蓄水池设置明显标志和采取安全措施的义务。当事人双方的举证也应当围绕这一焦点来进行。

就原告苏某而言，一方面要注意紧紧抓住本案的核心问题，结合法律规定，举证证明张某在自家耕地中挖掘的蓄水池属于《民法通则》第125条调整的范围，张某未尽到对蓄水池设置明显标志和采取安全措施的义务，造成其子溺水身亡，即应当承担民事赔偿责任。苏某在举证时只需要就损害结果（其子溺水身亡以及由此而给其造成的物质和精神损失）、致害行为（张某在自家耕地中挖掘蓄水池并且未设置明显标志和采取安全措施）、两者之间存在因果关系（苏某之子是在张某的蓄水池中溺水身亡）进行举证，而不需要像在一般的侵权纠纷中那样，就张某在主观上是否有过错再举证证明。因为，此类因地下物致人损害的纠纷在归责原则上采用的是“过错推定原则”。只要当事人有违法行为（未按法律的要求设置明显标志和采取安全措施），就推定其主观上有过错，依法应当承担民事责任。另一方面，苏某还要注意就自身在损害结果的发生上无过错做好举证准备。因为一旦张某举证证明损害结果的发生是其自身的过错（如未尽到对未成年子女的监护义务）造成的，苏某就需要提供证据加以反驳，否则，就要承担不利的诉讼后果。

就被告张某而言，可以通过两个途径举证证明自己不应当承担民事赔偿责任。一是证明自己在自家耕地中挖掘的蓄水池不属于《民法通则》第125条调整的范围。根据《民法通则》第125条的规定，地下物的位置应当是在“公共场所、道旁或者通道上”。在这些公共地带建造地下物或者修缮、安装地下设施，存在着公共安全隐患，所以行为人必须按照法律的要求采取安全措施，以避免危险的发生。自己挖掘的蓄水池不在上述公共地带，所以不必承担采取上述安全措施的义务。原告不能以自己违反了法律规定，造成其子溺

水身亡为由，要求自己承担民事赔偿责任。苏某的儿子溺水身亡是由于苏某未尽到安全教育等监护义务造成的，同时其子作为年满 10 周岁的限制民事行为能力人，具有一定的认识判断能力，对深水池的危险性应当有所意识，溺水身亡与其本身的过错也有一定的关系，损失应当由苏某自行承担。二是举证证明自己已经按照法律的要求采取了相应的安全措施，尽到了法律赋予的安全注意义务，损害结果的发生是受害人自身的过错造成的，从而为自己免责。

在本案中，苏某向法庭提交了本人关于事发经过的陈述以及蓄水池的照片、同村居民的证言等证据，以证明自己关于张某未按照法律规定在蓄水池周围设置标志和采取安全措施，导致其子溺水身亡的主张。张某也就蓄水池不属于法律规定的公共场所的地下物，自己不负有采取安全措施的义务以及苏某之子溺水身亡是由于苏某未尽到监护义务等主张提供了相应的证据。当事人双方的举证思路都是正确的，证据也是比较充分的。本案的裁判结果取决于法官对法律的理解和适用。应当说，从《民法通则》第 125 条的字面上看，当事人承担设置危险标志和采取安全措施的义务是以地下物处于公共场所、道旁和通道上为条件的。这是因为这些场所是公众活动和通行的区域，出入人员具有广泛性和不特定性的特点。在这样的场合建造地下物，具有相当的危险性，所以，法律特别强调上述地点，意图就在于强调其社会危险性。但是，如果将地下物的设置地点局限于这些地点，法律规定的适用范围就过于狭窄，不利于对受害人合法权益的保护。因此，有必要对《民法通则》第 125 条的规定作扩充的解释，将地下物所处的地点扩大到一切可能有不特定人员出入的场所。只要在这样的场合建造地下物，存在造成他人损害的可能性，就要承担设置安全标志和采取安全措施的义务。张某认为其在自家耕地中挖掘水池，不在法律规定的应当采取安全措施的范围之内，是不正确的。其在自家耕地中挖掘水池，由于耕地的环境不是封闭的，存在不特定人员经行的可能性，因此，对人们的安全构成了隐患，张某有义务在水池周围设置明显标志或者采取其他安全措施。张某违反法律规定，未采取上述措施，导致苏某之子溺水身

亡，应当承担相应的民事责任。苏某未尽到对未成年子女的监护义务，其子作为限制民事行为能力人，具有一定的识别能力，应当注意到水池的危险性而未加以注意，对损害结果的发生也有一定的过错，因此，原告方也应当就其过错承担相应的民事责任。

11. 未成年人致人损害的案件，举证责任应当如何分配？

【案情】

李某（男，14岁）与杜某（男，15岁）是某中学的同班同学。2004年3月某日上午，两人在下课休息时间发生冲突，杜某用椅子将李某打伤。李某住院治疗达1个多月。2004年6月，李某的父母作为李某的法定代理人向人民法院提起诉讼，要求杜某的监护人和某中学承担民事赔偿责任，赔偿李某的医疗费、营养费、护理费、伤残补助费和精神损害抚慰金等共计4万元。李某的父母向人民法院提交了一系列证据：李某对案发经过的陈述，证明杜某用椅子将其打伤；李某同学的证言，证明其目睹杜某用椅子打伤李某；李某同学的证言，证明李某被杜某打伤后，自己和班主任老师将李某送往医院救治；某医院的病历，证明李某送院治疗时鼻骨骨折；当地医学会的鉴定结论，证明李某鼻部被硬物击打造成骨折，经治疗后面部仍留下残疾，构成伤残。杜某的父母作为杜某的法定代理人答辩称：杜某与李某起初是在开玩笑，后因李某恼羞成怒，反复踢打杜某，杜某情急之下用椅子击打了李某。对于损害的发生，当事人双方均有过错，因此，应当减轻被告方的民事责任。杜某的父母向法庭提交了下述证据：杜某关于案发经过的陈述，证明两人起初是在开玩笑，后因李某反应过度，殴打自己，才用椅子打了李某；李某和杜某同学的证言，证明两人一开始是在开玩笑，后因李某发火并踢打杜某，杜某才用椅子反击，将李某打伤。某中学主张，学校对学生在校期间的行为有严格的管理制度，包括学生在课间休息时间的行为规范。李某和杜某违反学校的规定，在课间休息时打闹并引发冲突和造成损害，双方均有过错。事情发生后，学校立即将受

伤的李某送往医院救治，积极处理善后事宜。因此，学校对损害的发生没有过错，不应当承担民事赔偿责任。学校提交了下述证据：学校法定代表人关于事情经过的陈述，证明学校已经尽到了管理和安全注意义务，没有过错；当事人同学的证言，证明案发时没有学校的工作人员在场；当事人同学和班主任的证言，证明李某受伤后，老师和同学立即将其送医院救治，学校方面采取了积极的处理措施。

【要点】

本案所反映的是在特殊侵权案件中未成年人致人损害，当事人各方应当如何进行举证的问题。

【评析】

未成年人致人损害引起的纠纷是一种特殊的侵权纠纷。它与一般的侵权纠纷的不同之处在于：一般的侵权纠纷，责任人为自己的行为负责任，因而责任人与行为人是同一的；而在未成年人致人损害的侵权纠纷中，责任人与行为人是分离的，责任人承担的是一种转承责任。所谓转承责任，就是指责任人与侵权行为人相分离，由责任人代侵权行为人承担民事责任。就责任人而言，他本人并没有致害的意图和行为，但因他与行为人的特定关系，使他成为了赔偿义务主体，承担赔偿责任。受害人应当直接向责任人请求赔偿，而不是向行为人要求赔偿。

我国《民法通则》第133条规定："无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，由监护人承担民事责任。监护人尽了监护责任的，可以适当减轻他的民事责任。有财产的无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，从本人财产中支付赔偿费用。不足部分，由监护人适当赔偿，但单位担任监护人的除外。"根据上述法律规定，在未成年人致人损害的侵权案件中，监护人虽然没有实施侵权行为，但因其与被监护人的特殊关系，要对被监护人实施的侵权行为承担民事责任。即使监护人已经尽到了监护职责，也只能据此要求减轻民事责任，而不是不承担民事责任。在

被监护人有财产的情况下，以被监护人的财产支付赔偿费用，这是基于公平的考虑，适当地保护监护人的利益，减轻其负担，并不是说在这种情况下，监护人就不承担民事责任。从以上分析可以看出，在此类纠纷中，监护人承担的是一种无过错责任，即不论其在主观上是否有过错，是否尽到了对被监护人的监护义务，都要承担法律规定的民事责任。

在未成年人致人损害的案件中，就原告一方的举证责任而言，由于致害人的监护人承担的是无过错责任，因此，就无须就对方有无过错举证加以证明，而仅须就侵权行为、损害结果以及两者之间的因果关系进行举证。而在本案中，原告方还要求负有管理职责的学校承担相应的民事责任。按照最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行)》第160条的规定，“在幼儿园、学校生活、学习的无民事行为能力的人或者在精神病院治疗的精神病人，受到伤害或者给他人造成损害，单位有过错的，可以责令这些单位适当给予赔偿。”学校承担的是一种过错责任，与监护人承担的无过错责任有着本质的不同。因此，原告方还需要除了就侵权行为、损害结果、两者之间的因果关系进行举证外，还要就学校方的过错承担举证责任。就被告方的举证责任而言，由于致害人的监护人承担的是无过错责任，被告方不能再以无过错为由主张免责，只能通过举证证明自己已经尽到了监护义务或者对方就损害的发生也有过错，要求减轻自己的民事责任。作为负有管理责任的学校，由于其承担的是过错责任，可以提供证据证明自己没有过错而避免承担民事赔偿责任。当然，这里的前提是原告方就学校有过错进行了举证，被告才有提出证据予以反驳的责任。

在本案中，李某的父母向人民法院提交了一系列证据：李某对案发经过的陈述，证明杜某用椅子将其打伤；李某同学的证言，证明其目睹杜某用椅子打伤李某；李某同学的证言，证明李某被杜某打伤后，自己和班主任老师将李某送往医院救治；某医院的病历，证明李某送院治疗时鼻骨骨折；当地医学会的鉴定结论，证明李某鼻部被硬物击打造成骨折，经治疗后面部仍留下残疾，构成伤残。

上述证据证明了杜某实施了侵权行为，造成了李某受伤的损害结果，两者之间存在因果关系。应该说，其在证明杜某的监护人应当承担民事赔偿责任方面的举证是比较成功的。但在证明学校方应当承担民事赔偿责任方面，原告方却没有提出有效的证据。杜某的父母向法庭提交了下述证据：杜某关于案发经过的陈述，证明两人起初是在开玩笑，后因李某反应过度，殴打自己，才用椅子打了李某；李某和杜某同学的证言，证明两人一开始是在开玩笑，后因李某发火并踢打杜某，杜某才用椅子反击，将李某打伤。也就是说，被告方承认杜某对李某实施了侵权行为并造成了损害，其举证的目的在于证明对损害的发生，李某本人也有过错，应当减轻己方的责任。被告方的举证是比较成功的，通过证明李某对同学之间的玩笑行为采取了过激的处理方式，导致了损害结果的发生，证明了原告方也有过错，应当承担适当的民事责任。就学校方面而言，按照“谁主张，谁举证”的原则，在李某一方就学校有过错举出有效证据之前，学校方是不需要举证加以反驳，以证明自己没有过错的。但在本案中，学校方面还是积极地进行了举证。学校提交了下述证据：学校法定代表人关于事情经过的陈述，证明学校已经尽到了管理和安全注意义务，没有过错；当事人同学的证言，证明案发时没有学校的工作人员在场；当事人同学和班主任的证言，证明李某受伤后，老师和同学立即将其送医院救治，学校方面采取了积极的处理措施。上述证据一方面证明了学校作为管理者已经尽到了管理职责，另一方面证明了在事情发生后，学校积极地进行处理，避免了损害的扩大，从而充分地履行了作为教育者和管理者应当承担的义务。在证明己方没有过错这一点上，学校的举证是比较成功的。

就本案的处理而言，杜某打伤同学李某，证据确凿，其监护人应当承担侵权民事责任。李某对同学之间的玩笑行为采取过激的处理方式，对于损害结果的发生也有过错，应当承担相应的责任，杜某监护人的责任应当适当地予以减轻。作为学校方面，有充分的证据证明其尽到了管理职责，没有过错，因此，依法不需要承担民事责任。

12. 环境污染侵权案件中，举证时应当注意哪些事项？

【案情】

某冶金厂位于城郊，在该冶金厂周围是大片农田。2004 年夏季，冶金厂周围的农作物大量枯死。周边的村民认为是冶金厂排放的工业废气污染环境，造成农作物枯死。很多村民纠集起来到冶金厂讨说法，要求其赔偿损失，双方关系恶化。在当地政府的劝说下，受损失的村民到人民法院提起了集体诉讼。村民推举的诉讼代表向法庭提交了一系列证据，证明其主张的事实，其中包括：有关机构出具的鉴定书，证明农作物枯死是由于有毒废气污染造成的，与病虫害等无关；气象部门提供的气象资料，证明在农作物发生枯死现象前后一段时间内，冶金厂与受灾农田处于上下风向；有关机构对农作物损失作出的评估报告，损失经估算为 30 万元；关于当地没有其他工业废气排放源的调查材料。某冶金厂答辩称：该厂废气排放达到国家规定标准，污染范围得到有效控制，原告方的农田不在污染范围内；农作物出现枯死现象与该厂排污行为无关，不同意承担赔偿责任。某冶金厂向法庭提交了有关部门的验收文件，证明其排污达标，没有污染环境的行为。

【要点】

本案所反映的是在特殊侵权案件中，环境污染侵权举证责任的分配以及当事人如何举证的问题。

【评析】

环境侵权是一种特殊的侵权行为，在举证责任分配和具体的举证思路和方法上有其特殊性。

我国《民法通则》第 124 条规定：“违反国家保护环境防止污染的规定，污染环境造成他人损害的，应当依法承担民事责任。”根据上述法律规定，环境侵权纠纷适用的归责原则是无过错责任，即不论侵权行为人是否有过错，只要侵权事实成立，都要彻底承担民事

责任。

我国《环境保护法》对此也作出了相应的规定。《环境保护法》第41条规定："造成环境污染危害的，有责任排除危害，并对受到损害的单位或个人赔偿损失。"在举证责任分配上，最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》）第4条第1款第3项规定："……（三）因环境污染引起的损害赔偿诉讼，由加害人就法律规定的免责事由及其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任。"

在具体的举证思路与方法上，原告方需要注意以下几个方面：(1) 由于环境污染侵权纠纷适用的是无过错责任，加害人不论是否有过错对都不影响其承担民事责任，因此，受害人无须就加害人的过错进行举证。(2) 受害人需要对环境污染行为进行全面的举证。环境污染行为具有违法性，但这里的违法性并非仅仅指加害人的污染环境行为不符合国家规定排污标准，对于在国家规定标准内的排污行为，一旦造成了污染损害，也属于一种违法行为。由于加害人经常以自己的行为没有违反国家规定标准作为抗辩理由，所以受害人在对此类案件举证时要特别注意从污染行为所造成的损害上强调其违法性，而不应当纠缠于污染行为是否违反了国家规定标准进行举证。(3) 对损害事实进行举证。损害事实是侵权行为损害赔偿法律关系发生的根据，是构成侵权行为的前提和必要条件。一个人只有在受到损害的情况下，才能请求侵权民事司法救济；未造成任何损害的行为或者事件，不能引起侵权民事责任。环境侵权责任也必须遵循"无损害，无赔偿"的原则，即必须以损害事实的存在为基础。(4) 受害人也要注意收集证明环境污染行为和损害事实之间成立因果关系的证据。虽然在此类案件中，因果关系的举证责任被倒置给了加害人，但这并不意味着受害人没有必要收集这方面的证据。《证据规定》第72条第1款规定："一方当事人提出的证据，另一方当事人认可或者提出的相反证据不足以反驳的，人民法院可以确认其证明力。"一旦加害人举证证明环境污染行为与损害事实之间不存在因果关系，受害人就要承担提出证据予以反驳的责任。如果受害

人不能举出充分的反驳证据，就要承担不利的诉讼后果。

就被告方的举证思路与方法而言，要注意以下几个方面的问题：(1) 由于加害人承担的是无过错责任，加害人不能以自己没有过错进行抗辩，也就无须对自己无过错进行举证。(2) 加害人要注意对环境污染行为与损害事实之间不存在因果关系进行举证。由于环境污染行为的复杂化、多因性和渐进性以及损害的潜伏性和广泛性，要证明损害事实与污染行为之间的因果关系，往往十分困难和复杂。因此，为了保护处于弱势地位的受害人的合法权益，法律将因果关系的举证责任倒置给了加害人。因为加害人在人力、物力、财力和技术力量等方面都处于优势地位，而且其是环境污染行为的实施者，对环境污染行为可能引起的后果比受害人更为了解。(3) 对免责事由进行举证。在环境污染侵权纠纷中，加害人的免责事由是由法律明确规定的，主要包括受害人过错、第三人过错和不可抗力等几种。加害人若想减轻或者免除自己的民事责任，就必须能够举证证明有法律规定的免责事由存在。

在本案中，原告方提交了一系列证据，包括：有关机构出具的鉴定书，证明农作物枯死是由于有毒废气污染造成的，与病虫害等无关；气象部门提供的气象资料，证明在农作物发生枯死现象前后一段时间内，冶金厂与受灾农田处于上下风向；有关机构对农作物损失作出的评估报告，损失经估算为30万元；关于当地没有其他工业废气排放源的调查材料。这些证据不仅证明了环境污染行为和损害事实的存在，而且证明了两者之间存在因果关系。虽然因果关系的举证责任不在原告，但原告对此主动进行举证，为其诉讼请求提供了强有力的支持。被告方向法庭提交了有关部门的验收文件，证明其排污达标，没有污染环境的行为。这种举证思路是有问题的。如前所述，环境污染行为具有违法性，但这里的违法性并非仅仅指加害人的污染环境行为不符合国家规定的排污标准，对于在国家规定标准内的排污行为，一旦造成了污染损害，也属于一种违法行为，同样要承担民事赔偿责任。被告方的举证还包含了对污染行为与损害结果之间因果关系的否定，即污染范围得到有效控制，原告方的

农田不在污染范围内。农作物出现枯死现象与该厂排污行为无关。但被告所举出的证据显然不足以对抗原告的证据。被告没有就其具有法定的免责事由进行举证。综合当事人双方的举证情况，可以认定某冶金厂环境侵权事实的存在，应由其承担民事赔偿责任。

13. 在未经鉴定的情况下，能否推定劣质食品与损害有因果关系？

【案情】

钱某夫妇终于有了一个可爱的宝宝，两人欣喜万分。由于没有母乳，孩子出生的第二天，钱某就到附近的商店为其购买了某食品厂生产的奶粉。此后，钱某夫妇接连给孩子喂了 10 多袋同一品牌的奶粉。3 个月后，孩子出现不肯进食的反常现象。钱某夫妇十分着急，将孩子送到医院检查，经诊断为因营养不良导致“败血症、低蛋白血症，多脏器功能失控”，在治疗过程中共花去医疗费用 7000 多元。钱某夫妇将剩余的奶粉送有关机构检测，检测结果显示该品牌奶粉营养含量普遍不符合标准值，特别是蛋白质含量低于标准值 13 个百分点（正常值含量要求大于 18%，该品牌奶粉实际含量仅为 5% 左右）。钱某夫妇向人民法院提起诉讼，认为孩子出现的营养不良症状以及由此导致的“败血症、低蛋白血症，多脏器功能失控”，是由于服用了某品牌的劣质奶粉所致，某食品厂应当承担赔偿责任。钱某夫妇向法庭提交了奶粉营养含量的检测报告和孩子的出生证（出生证记载婴儿出生时健康状况为良好）。某食品厂认为，钱某夫妇没有提供证据证明孩子所受损害是由于服用其生产的奶粉导致，损害发生的原因存在多种可能，因此，不同意钱某夫妇的诉讼请求。在审理过程中，经多方联系，尚无专门机构对孩子所受损伤与服用劣质奶粉的因果关系进行鉴定。

【要点】

本案所反映的是在未经鉴定的情况下，能否推定劣质食品与损

害事实有因果的问题。

【评析】

本案的关键问题是在没有专门机构的鉴定结论的情况下，能否推定孩子所受人身损害与服用某食品厂生产的劣质奶粉存在因果关系，从而要求某食品厂承担赔偿责任。

有人认为，两者的因果关系不能认定。任何损害的发生从起因来说均具有不确定性，它可能由一种原因造成，也可能由数种原因相结合造成。具体到本案来讲，孩子受到损害是事实，经治疗亦是事实，某食品厂的奶粉质量不达标也已经鉴定机构确定，但两者的因果关系并不必然成立。人身损害与食用劣质奶粉间有无因果关系，必须通过权威的专业鉴定机构进行鉴定来加以确认。这种看法有欠妥当，不利于保护消费者的合法权益。

产品缺陷致人损害适用的是无过错责任。在适用无过错责任的情况下，被告的主观状态已经不再是证明对象，决定案件事实的关键在于被告的产品与原告的损害后果之间的因果关系证明。在缺陷产品致消费者索赔案中，原、被告地位实质上是不平等的，如果不能找到相应的机构来鉴定确认因果关系的存在，要求原告对于因果关系进行直接证明的可能性几乎为零。

如果以此为理由，原告的诉讼主张得不到法院的支持，对原告来说是不公平的。在这种情况下，可以通过事实推定来确定因果关系，以有效地保护处于弱势地位的消费者一方的合法权益。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第9条第1款第3项规定："下列事实，当事人无需举证证明：……（三）根据法律规定或者已知事实和日常生活经验法则，能推定出的另一事实；"也就是说，依众所周知的现实经验，某项事实的发生在大多数情况下均以另一项事实为原因，如果这两项事实同时存在，即推定两事实间存在因果关系。

在本案中，孩子出生时经医院确认为身体状况良好，孩子出生后受到父母的悉心照顾，因此，对其在出生后3个月出现的上述症

状系自身因素导致的可能基本可以排除。某食品厂生产的奶粉为劣质奶粉已经确认是事实，孩子所患病症：败血症、低蛋白血症、多脏器功能失调，经医生诊断为营养不良所致。根据上述事实和人们的日常经验，可推定因果关系成立，无需通过专门机构鉴定。钱某夫妇主张的事实成立，某食品厂应当对孩子所受人身损害承担赔偿责任。

14. 拾得他人钱包后宣称丢失，能否推定其提取了钱包内储蓄卡中的存款？

【案情】

2004年5月某日，张某与朋友袁某等人一起吃饭。结账时，张某随手将钱包放在饭桌上，忘记拿走。当想起来时，张某立即返回饭店寻找，饭店的服务员告诉张某没有发现遗失的钱包。后经朋友告知，是袁某拣走了张某遗忘的钱包。张某找到袁某，追讨钱包。在张某的追问下，袁某承认自己拣到了张某忘在饭店的钱包，并将钱包内的现金还给了张某。张某提出钱包内还有储蓄卡，要求袁某一起还给自己。袁某称自己把钱包里的现金拿走后，就把钱包丢掉了，并说他只看到了钱包里有一些现金，是否有银行卡不清楚。考虑到俩人平时关系不错，张某没有再追究下去。2004年8月某日，张某持存折到银行准备把储蓄卡里面的存款取出，却被银行告知存款已在两个多月前被人从自动取款机取走。取款时间为张某丢失钱包的次日。张某向人民法院起诉，称袁某拣到自己的钱包后加以隐匿，后经自己追讨，将现金归还，谎称钱包已经遗弃。由于钱包内有储蓄卡，袁某又知道自己的出生年、月、日和自己有以出生年、月、日作为密码的习惯，因此可以认定袁某提取了自己储蓄卡内的现金，据此要求袁某承担赔偿责任。张某向法庭提交了多份证言，证实袁某拣到了自己的钱包以及归还自己现金的事实和很多熟人和朋友，包括袁某在内都知道自己有以出生年、月、日作为密码的习惯的情况。袁某对自己拣到张某的钱包和归还部分现金的事实予以

承认，但主张自己在取走钱包内的现金后即将钱包遗弃，至于钱包内是否有储蓄卡，自己不清楚。

【要点】

本案所反映的是拾得他人钱包后宣称丢失，能否推定其提取了钱包内储蓄卡中的存款的问题。

【评析】

在本案中，有两个需要解决的问题。一是张某的钱包内是否有储蓄卡，二是如果认定张某的钱包内有储蓄卡，能否推定袁某提取了其中的现金。

就第一个问题而言，袁某称其捡到张某的钱包后，只是拿走了里面的现金，至于钱包里面是否有储蓄卡，自己不清楚。换言之，对于钱包内是否有储蓄卡的事实，袁某既未肯定也未否定。但有一点是明确的，张某的钱包是被袁某拣到的。对此，张某提供了证据，袁某也予以承认。现在，袁某主张钱包已经遗弃，这是一个有利于袁某的新的事实，对此，袁某应当承担举证责任。袁某没有证据证实他取走现金后就把钱包真的丢掉了，也即袁某无法否定钱包不在他手里，应当认定张某的钱包没有被其取走现金后遗弃。按照我国《民法通则》第 79 条第 2 款的规定，“拾得遗失物、漂流物或者失散的饲养动物，应当归还失主，因此而支出的费用由失主偿还。”袁某持有不属于张某的钱包，应当将钱包返还给张某。要对钱包里是否有储蓄卡这一事实进行判断，最简单的方法便是要袁某拿出钱包来让法官查看。袁某因此而拒绝拿出钱包来，是因为钱包里有储蓄卡，袁某不愿拿出来。根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第 75 条的规定，“有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供，如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人，可以推定该主张成立。”即对钱包里没有储蓄卡这一事实应当由袁某进行举证，袁某举不出证据证实钱包里没有储蓄卡，就推定张某主张的事实，即袁某拾到的张某的钱包里有储蓄卡成立。这是举证责

任倒置的一种特殊情况。况且，拾金不昧是我国的一项优良传统，袁某在拾到钱包后，应当将钱包返还给张某，何况袁某与张某本来就是朋友关系。根据最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第94条的规定，“拾得物灭失、毁损，拾得人没有故意的，不承担民事责任。拾得人将拾得物据为己有，拒不返还而引起诉讼的，按照侵权之诉处理。”袁某是侵权方，张某是被侵害方。在这种情况下，如果将本案的举证责任按照一般的侵权案件“谁主张，谁举证”的原则来分配，对于受害方即张某是不公平的。按照司法解释的规定，将举证责任按特殊的推定方式进行倒置，由袁某举证证明钱包内没有储蓄卡的事实，则更显公平与合理。

在认定张某遗失的钱包内有储蓄卡这一事实成立的情况下，根据张某向法庭提交的证据，可以合理地推出袁某提取了储蓄卡内存款的结论。袁某之所以拾得钱包后隐匿不还，后在张某的追讨下仅归还了钱包内的现金，对储蓄卡未归还，显然是为了谋取不法利益。同时，张某提供的证据证实袁某知道自己的出生年、月、日和自己有以出生年、月、日作为密码的习惯，持有储蓄卡的袁某在客观上也具备了提取储蓄卡内存款的条件。据此，可以推定张某储蓄卡内的存款是被袁某提走的，袁某应当承担赔偿责任。

15. 不能证明使用和销售侵犯他人专利权产品的合法来源，应否承担损害赔偿责任？[①]

【案情】

王某为实用新型专利，一种用于“现浇墙外保温体系的插接栓”的专利权人。2003年3月25日，王某与北京特瑞克墙材科技有限公司（以下简称特瑞克公司）签订了专利实施许可合同，约定：王某将上述专利授权给特瑞克公司，授权性质为独占实施许可。授权期

① 《北京法院指导案例》第7期。

限同专利有效期限，无地域和使用方式限制。

2006 年 5 月 12 日，北京市公证处到望京新城 6－10 地 B－4 号楼进行了证据保全公证。经测量，墙体保温层上横向临近两个插接栓间距约为 30 厘米，纵向临近两个插接栓间距约为 40 厘米。经比对，望京新城 6－10 地 B－4 号楼工程中使用的插接栓落入涉案专利权的保护范围。望京新城 6－10 地 B－4 号楼工程的建设单位为北京正鹏房地产开发有限公司（以下简称正鹏公司），承建单位即总包方是中建一局华江建设有限公司（以下简称华江公司）。特瑞克公司诉至法院，请求法院判决华江公司、正鹏公司承担专利侵权损害赔偿责任。

华江公司主张，涉案望京新城 6－10 地 B－4 号楼工程由华江公司总包，其外保温工程则由江苏建筑服务公司分包，江苏建筑服务公司从大兴宏光新型保温建筑材料厂（以下简称大兴宏光厂）购进了包含涉案插接栓的大模内置挤塑板，大兴宏光厂从泊头天祥厂购进了涉案插接栓。为证明上述事实，华江公司提交了一份其与江苏建筑服务公司签署的分包合同和一份江苏省建筑工程公司北京分公司第六工程处与北京市大兴宏光厂签订的买卖合同，并提交了一份江苏建筑服务公司出具的证明，称江苏省建筑工程公司北京分公司第六工程处与江苏建筑服务公司为同一单位。二审期间，华江公司又提交一份《授权委托书》，内容为江苏建筑服务公司作为委托人，授权其下属单位即受委托人江苏省建筑工程公司北京分公司代为购买望京新城 6－10 地 B－4 号楼工程保温工程所用所有材料。

一审法院经审理后认为，本案双方当事人均认可涉案望京新城 6－10 地 B－4 号楼工程中使用的插接栓属于涉案专利权保护范围。华江公司虽主张在涉案望京新城 6－10 地 B－4 号楼工程中使用的插接栓有合法来源，但其提交的相关证据材料缺乏连续性，且未提交实际履行及其数量的证据，故华江公司的行为侵犯了特瑞克公司对涉案专利享有的独占性使用的权利，其应当依法承担停止侵权行为、赔偿经济损失的民事责任。

【要点】

本案所反映的是使用和销售侵犯他人专利权产品的被告举证到什么程度视为能证明其产品合法来源的问题。

【评析】

《专利法》第63条第2款规定："为生产经营目的使用或者销售不知道是未经专利权人许可而制造并售出的专利产品或者依照专利方法直接获得的产品，能证明其产品合法来源的，不承担赔偿责任。"该款是关于善意第三人的免责条款。根据该款的规定，如果行为人在为民事行为时主观上出于善意，并付出了相当的代价，只是由于其他原因而使行为具有违法性，则根据公平原则，该善意行为人的权利应当得到保护。在有关销售、使用专利产品的侵权纠纷中，通常原告即专利权人或被许可人应当首先证明所涉及的产品是其专利产品，并且证明该产品是未经其许可而制造并售出的。在这种情况下，原告的举证责任已经完成。被告提出抗辩的，对其主张的举证责任转移到被告一方。被告要想免除其赔偿损失的侵权责任，首先需要证明他"不知道"其销售或者使用的产品是未经专利权人许可而制造并售出的；其次，他应当证明其产品具有合法来源。而证明合法来源必须由被告提供充分的证据。

一般而言，被告证明合法来源时往往提交正式的买卖合同、商业发票等证据。笔者认为，从《专利法》的上述规定的精神看，对被告提交的上述证据应当从严掌握，防止被告仅提交一份合同或发票就免除其赔偿责任。被告提交的上述证据不仅形式上要合法，而且实质上也要足以证明其来源合法。这就是说，被告不但要提交相应的证据，而且该证据也必须能够证明其客观上已经尽到合理的注意义务。实践中，需要注意以下两点：第一，对于有关法律、法规对供货商的资质有规定的，被告需提交其审查该资质的证明；第二，供货商的主体必须是明确的、适格的。

本案中，为证明其使用的被控侵权产品具有合法来源，华江公

司提交了其与江苏建筑服务公司订立的分包合同以及江苏省建筑工程公司北京分公司第六工程处与北京市大兴宏光新型保温建筑材料厂签订的买卖合同作为证据，并提交了一份江苏建筑服务公司出具的证明，称江苏省建筑工程公司北京分公司第六工程处与江苏建筑服务公司为同一单位。在二审期间，华江公司又提交的授权委托书却称江苏省建筑工程公司北京分公司为江苏建筑服务公司的下属单位。上述证据互相矛盾，无法确认供货商的主体和资质，从而也无法证明被控侵权产品的来源。由此可见，本案中，华江公司所提交的上述证据不能证明其已经尽到合理的注意义务，因此，其应当承担侵权损害赔偿责任。

四、婚姻家庭纠纷案件证据指南

1. 结婚不成，如何证明己方出资装修婚房？

【案情】

2005年6月，孙某与陈某相识恋爱。2006年8月，陈某以贷款方式购得一套商品房。由于双方商定在次年5月登记结婚，所以在装修新房时，二人商量确定共同出资装修款。在装修期间，孙某于2006年9月3日交给陈某现金2万元用于装修，并且孙某也曾三次单独至装饰城购买装饰材料，支付费用5360元，但相关票据均交给陈某保管。2006年11月，新房装修完毕。孙某与陈某因在相处过程中不断发生矛盾，致使在2007年3月终止了恋爱关系。此后孙某要求陈某退还装修款25360元，陈某认为自己已掌握了所有支付新房装修款的票据，坚决否认孙某的出资行为，不同意退还。为此孙某向法院起诉，要求陈某返还新房装修款。

诉讼中，孙某为证明装修过程中的出资行为，提供了储蓄存折和银行存取款凭条，储蓄存折记录了孙某曾有4万元存款，在2000年9月3日取款2万元，银行存取款凭条载明了孙某于当日从银行取走现金2万元。其次，孙某到装饰城调取了当时购买材料的清单，清单上不仅记载着所购材料的名称、价格，而且在客户栏上也记载着孙某的姓名和电话。最后孙某提交了一份向陈某要求退还装修款时的录音资料，该证据内容为陈某承认接受孙某交付的2万元，并承认孙某另外出资购买了5360元的装饰材料，但声称当时收到现金时没有打收条，而且孙某也没有装修的票据，所以即使告到法院也

没有用。

【要点】

本案所反映的是结婚不成，如何证明己方出资装修婚房的问题。

【评析】

根据证据规则，原始证据的证明力一般大于传来证据，直接证据的证明力一般大于间接证据。本案中，陈某所持有的装修款票据应属原始、直接证据，具有较强的证明力，如果原告不能提供证据或证明力不强，证据之间无法相应链接、相应佐证，原告则承担败诉风险。孙某提供的储蓄存折和银行取款凭条，虽然能够证明原告曾在装修期间自己从银行提取现金，但无法证明该款已交给被告。同样原告从装饰城中调取的购材清单，虽然能够证明当时由原告购买，但因被告持有购物票据，故而不能排除被告将钱款交由原告并委托其购买的可能，所以也不能直接证明原告付款。然而原告提供的录音资料，通过被告自身的陈述，印证了原告提供上述两份证据的真实性和关联性，构成了一个完整的证据链，足以证明原告出资事实的客观存在，因此人民法院可以采信原告的三份证据，对其主张予以支持。

在现实生活中，老百姓购买大件物品时，一般都要求销售方出具票据作为购买凭证。在法律上，购物票据不仅仅是买卖关系的证明，而且也是拥有该财产所有权的证明。共同出资购买时，票据往往都是由一方保管，发生纠纷时，这一方都以票据作为证据证明其是财产所有者。这时另一方要想证明其也是出资者，一般很难会有非常有力的证据。在诉讼过程中，如果出现这种情况，通常的取证途径就是找一些证人作证，证人的证词无非两种情况：一种是证人听当事人陈述，该证据属传来证据，根据证据规则，不能直接对抗另一方持有票据这一原始证据；另一种是证人陪同当事人去购买，但对方很可能提出该证人与举证当事人存有利害关系，而使证据的证明力降低，根据证据规则，该证词不能直接证明，必须要与其他

证据印证方能被法院采信。还有的做法是将银行存取款记录作为出资的证据，虽然该是书证，能够证明从银行取款的事实，但不能直接推断为出资款，因而表现为证据缺乏关联，不能够单独证明，仍然需要其他证据相结合才能判断与本案是否关联，是否能够采信。

本案中，原告采取的是单位证据与视听资料相结合的方法，使证据之间形成锁链，彼此相互印证，在此情况下，完全可推翻另一方的直接证据，或者是在证明力方面优于对方证据，从而使法院采信自己的主张。因此，原告这样取证应该是比较简便和合理的。

但当事人在将视听资料作为证据使用时，首先，要注意证据的合法性，操作要得当。因为视听资料是介于书证和物证之间的一种独立的证据形式，此类证据极易被伪造、裁剪或修改，所以法院在认定时一般比较慎重。根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》的规定，以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据，不能作为认定案件事实的依据。这是法律关于非法证据的判断标准和排除规则。因此将录音、录像等视听资料作为证据时，应当注意不能侵害他人合法权益，如违反社会公共利益或社会公德而侵害他人隐私或者违反法律禁止性规定的方法，擅自将窃听器安装到他人住处进行窃听等。非法证据法院是不会予以采信的。其次，要注意证据采集的时机和方法。由于视听资料可以作为证据使用，对方在诉讼发生后，一般很有警惕性，通常很难录下对方承认的资料，所以应当在诉讼前进行录音或录像。如果在诉讼后进行，就必须注意交谈的技巧，以免引起对方的警觉。最后应注意视听资料的效果和质量，如果录像或录音不清晰，尤其是对方对出资事实作出承诺的话语听不清，造成无法判断，那就前功尽弃，增加了败诉的风险。

在取证过程中，可以根据案情的实际情况寻找最直接、最有力的证据。如在购货时自己以银行卡支付部分货款，就可通过银行存取款记录以及银行卡付款凭证进行取证。又如对方在收款时出具的收条或者将出资款从银行账户中直接划转到对方的银行账户上的转账记录，均是说明事实的有力证据。

2. 在离婚案件中，如何证明对方存在外遇?[①]

【案情】

2005 年 4 月 20 日，王女士坐在自家客厅的沙发上看电视时，丈夫的手机短信铃声响起。看到丈夫还在卫生间里，王女士就顺手拿起手机翻看短信，结果被短信的内容吓了一跳。原来，是一个女人给丈夫发送了一条情爱短信。从短信的内容上看，发送短信的人应该与丈夫的关系非同一般。她急忙翻阅以往储存的短信，发现手机内一共有 5 条类似的情爱短信，而且都是同一个手机号码发出来的。王女士断定丈夫有外遇，当晚就与丈夫大吵了一场。第二天，王女士拿着丈夫的手机，向法院提起诉讼，要求与一起共同生活奋斗了 12 年的丈夫离婚。

在庭审过程中，王女士提供了丈夫刘某手机上的 5 条短信作为证据，这 5 条短信的内容十分暧昧，能够表明收发双方情爱男女之间的关系，且 5 条短信均来自同一号码，落款是爱你的花。其中一条短信的内容写的是发信人与其丈夫如何恩爱，希望丈夫能够赶紧想办法与王女士离婚。王女士认为，短信的内容足以说明，丈夫和一个陌生女人存在暧昧关系，丈夫有外遇是事实，因此，要求法院判决离婚，并由过错方丈夫承担相应的赔偿责任。

丈夫刘某认为，其与王女士在大学恋爱，毕业后一起留在当地共同奋斗，白手起家，现在已经拥有了一家中型连锁店，生活富裕，夫妻关系很好。手机上的短信是大学同学在玩笑时发的，自己也没有刻意删除，不能证明自己有外遇，完全是误会。

为此，王女士带着丈夫的手机来到区公证处，要求公证人员对 5 条短信的内容进行公证，以证明丈夫有外遇。公证员经审查后受理了王女士的短信公证申请，对 5 条手机短信的内容逐一抄写，对短信中出现的字也完全照抄。然后，又与王女士一起到电信部门打出话费清单，话费清单的记录证明了 5 条短信确实由同一部手机发出，

---

① 朱建新主编:《民事取证—来自审判实践中的方法总结》，江苏人民出版社 2006 年版，第 227 ~230 页。

短信发出的时间也完全吻合。于是，公证处正式为王女士出具公证书，公证内容包括了收、发短信的手机号码、时间以及短信内容。法院通过手机号码查实，发送短信的手机属于一个23岁的女子，是一家服装经营店的售货员，并不是刘某的同学。据此，法院采信了经过公证的5条短信，认定短信所证明的内容真实。王女士不仅可以以刘某有外遇为由要求离婚，还可以根据《婚姻法》第46条第2款的规定，要求刘某承担损害赔偿责任。

【要点】

本案所反映的是在离婚案件中，如何将手机短信作为证据使用的问题。

【评析】

中国手机用户数量全球第一，短信发送量也是第一。在法院审理的案件中，把手机短信作为证据的情况日益增多。但把手机短信作为证据亦是比较困难的。因为手机短信很容易删除，而短信服务商又不对短信内容进行保存，手机短信的内容是否真实在很多时候难以确定、核实。

在一般情况下，当事人可能就只把手机提交给法庭，或者只把手机短信的内容抄录下来提交给法庭，如果只把抄录下来的内容提交给法庭，被告只要对手机短信的内容进行删改，则法庭就无法进行核实查证，不能采信手机短信的内容。如果连同手机一起提交法庭，只能说明该手机中确实有5条内容暧昧的手机短信，至于内容是否真实，是否为同一人所发，还需要通过其他证据进行证明。而且，对手机短信究竟属于何种证据形式还有争议，直接提交手机短信被采信和认定的难度很大。但把手机短信进行公证，对其形式进行巧妙地转换之后，需要的实质内容并没有任何变化，而法院可以将其作为公文文书直接作为证据使用，除非有明显的反证。

在对手机短信进行公证时需要注意的是，对手机短信的内容要尽可能排除被删改的可能性，最好是在发现问题后要求对方当事人

一起到公证处进行公证。得不到配合时一定要控制对方的手机。对时间的要求，是尽可能快地进行公证，防止手机短信内容被删改或灭失。办公证时，还要注意保存和公证手机型号、品牌，这样可以证明手机内容是无法修改的。另外，在日常生活中，有可能出现手机的实际使用人和短信的编写人不一致的情况。而手机短信要作为证据，不仅要保证内容真实，还要能够证明短信内容是由特定人发出的。如果本案只能认定5条短信真实，而不能认定是由与刘某关系暧昧的女人发出的，王女士的诉讼请求就并不能成立。本案中，被告在庭上承认自己没有对短信的内容进行删改，对手机短信的内容并不否定，只是认为发送短信的人是老同学，是为开玩笑而发，并不能证明自己有外遇的事实。法院通过手机号码查实，发送短信的手机属于一个23岁的女子，是一家服装经营店的售货员，并不是刘某的同学。据此，法院采信了经过公证的5条短信，认定短信所证明的内容真实。王女士不仅可以以刘某有外遇为由要求离婚，还可以根据《婚姻法》第46条第2款的规定，要求刘某承担损害赔偿责任。

因此，使用手机短信证据时，在以公证形式固定短信内容后，还应设法查明收发信号码的使用者的真实身份。

3. 在家中对配偶的婚外性行为进行拍照，能作为证据使用吗？

【案情】

李某的丈夫周某与薛某之间有婚外同居关系，并因此逐渐导致夫妻感情恶化，李某无奈欲起诉与周某离婚，并依据《婚姻法》规定向周某索赔精神损失。但李某一直苦于搜集不到周某与薛某有婚外同居关系的证据。某日中午，李某假称到外地出差，当晚回家发现周某与薛某一起睡在自家的床上，当即拍了照。事后李某向法院起诉，请求判令其与周某离婚，并要求周某赔偿自己因丈夫有外遇所受到的精神损失1万元。周某同意离婚，称已与薛某认识一年多

时间，但否认其与薛某之间有婚外同居关系，并称李某捉奸拍照取得的证据不具有合法性，不应作为认定其与薛某有婚外同居关系的事实依据。

【要点】

本案所反映的是通过捉奸拍照方式取得的证据是否具有合法性，能否作为案件定案依据的问题。

【评析】

实质上是李某私人取证方面的利益和其丈夫的隐私利益发生了冲突，法律优先保护哪一个权益的问题。

为保护夫妻双方中无过错一方的合法权益，遏止和处罚近年来社会上出现的“包二奶”、养情人等违反一夫一妻制的行为，我国《婚姻法》第3条明确规定“禁止有配偶者与他人同居”，规定因此导致夫妻感情破裂的，应准予离婚，同时无过错方可以此为由向过错方请求损害赔偿。

对“有配偶者与他人同居”行为的认定，最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第2条进行了界定，规定为“是指有配偶者与婚外异性，不以夫妻名义，持续、稳定地共同居住”的行为。由于此类案件中受害方对过错方“与他人同居”的事实负有举证责任，而过错方出于拒绝赔偿、畏于社会舆论的压力等因素往往会对此予以否认。实践中当事人能否切实拿起法律武器保护自己的合法权益，也就取决于当事人能否向法院提供证明自己主张的事实成立的证据。

在现代法治国家里，作为法院定案依据的证据必须具有合法性，即证据要在表现形式、收集程序或提取方法上符合法律的规定。以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据，如故意违反社会公共利益和社会公德侵害他人隐私，或者是使用窃听手段取得的证据，就不具有合法性，不能作为认定案件事实的依据。隐私权是公民享有的对其个人的、与公共利益无关的个人信息、私

人活动和私有领域进行支配的人格权。公民有权对自己的隐私进行隐瞒、自我利用，不为人所知，维护自己的隐私不受他人的侵犯，有权按照自己的意愿进行支配，也可以公开部分隐私，准许他人利用自己的隐私。

毫无疑问，公民的性生活属于个人的私人活动，是个人隐私的一部分内容，他人对公民的性生活不得进行刺探、调查、窥视、擅自公布、非法利用等，否则构成对公民隐私权的侵犯，属于违法行为，受害人有权要求侵权人承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任，依法保护自己的隐私权。那么，本案李某为保护自己的合法权益，向法院提供其在家中拍下丈夫与他人睡在自己床上的照片，这种行为有没有侵害其丈夫隐私权，是否符合法律规定呢？

侵害他人隐私权的行为属于一般侵权行为，行为人承担侵权行为责任的条件是：行为人主观上有过错，实施了违法行为，并因此导致他人的财产或精神受到了损害。就本案而言，首先，李某捉奸拍照的主观目的在于保护自己的合法权益，并非意在侮辱、伤害对方。其次，该行为也没有违法，因为李某作为周某的妻子，有权知道其配偶与他人有不正当男女关系的事实，有权收集与该事实有关的相关证据。李某原来一直苦于搜集不到周某与薛某有婚外同居关系的证据，为保护自己的权利，在情况紧迫而又不能及时请求公安等国家机关予以救助的情况下，李某进入自己家中，对睡在自己床上的丈夫及薛某进行拍照，该行为既没有侵害他人的人格尊严，也未限制他人的人身自由，并未违反法律的禁止性规定，而是一种对他人人身施加的为法律或社会公德所认可的强制行为。事后李某也未将照片进行恶意公布、流传，只是提供给法院用作主张自己权利的事实根据。因此李某捉奸拍照的行为是其丈夫违反夫妻忠实义务而付出的必要代价。虽然此时李某取证的权利与其丈夫的隐私权发生了冲突，但综合上述原因，并基于家庭伦理道德的考虑，此时李某私人取证方面的利益应优先于其丈夫周某（甚至包括与其婚外同居的薛某）的隐私利益，法律应优先对李某的私人取证利益加以保

护。当然，如果本案周某与薛某的同居行为发生在宾馆或薛某家等李某家里以外的场所，则此时李某的私人取证利益就会小于其丈夫（包括薛某）的隐私利益，李某只能向公安机关报案，通过公安机关行使行政管理权力来保护自己的合法权益，其闯入宾馆或薛某家中捉奸拍照的证据就不具有合法性了，不能作为法院定案的根据。

4. 亲子鉴定能否作为认定父母子女关系的有效证据使用？

【案情】

钟某（男，某工厂职工）与陈某（女，某小学教师）于1999年结婚。婚后，生育一子钟某某。结婚后不久，钟某发现妻子与学校的男老师交往频繁，而且表现亲密，经常和同事一起外出游玩，跟自己反倒没有多少共同语言。钟某开始怀疑妻子与他人有不正常男女关系，夫妻之间产生裂痕，经常为此而发生争吵。陈某感到丈夫对自己缺乏信任，干涉自己的社会生活，而且由于钟某文化程度较低，双方没有共同语言。2002年6月，陈某向人民法院起诉离婚。经人民法院调解，双方达成了离婚协议，协议约定：婚生子钟某某由陈某抚养，钟某一次性付给陈某20000元抚养费。调解协议经双方当事人签字，具有了法律效力。但钟某迟迟没有按照协议的约定支付抚养费。当陈某向钟某索要抚养费时，钟某竟然出言不逊，称：谁知道他（钟某某）是哪个男人的野种？钟某的态度让陈某感到十分气愤。为了维护钟某某的合法权益，陈某于2003年4月再次向人民法院提起诉讼，请求确认钟某与钟某某之间的亲子关系，责令钟某履行离婚协议约定的抚养义务。在审理过程中，经双方当事人商定，到某研究所对钟某和钟某某进行了亲子鉴定。经DNA鉴定，结果表明：钟某具备做钟某某父亲的条件，二者之间存在亲子关系的概率为99.9%。研究所据此作出鉴定结论：可以认定钟某与钟某某之间存在亲子血缘关系。

【要点】

本案所反映的是亲子鉴定能否作为认定父母子女关系的有效证

据使用的问题。

【评析】

随着经济的发展，利益关系的不平衡，婚姻、家庭关系也日益受到冲击，特别是近年来，婚生子女的否认、亲子关系的确认案件越来越多。男女双方在婚姻关系存续期间或非法同居期间所生子女的生父不承认所生子女是自己的亲生子女，从而引起一方或双方要求确认亲子关系。此类案件关系到维护广大妇女儿童的合法权益，能否运用亲子鉴定来确认父母子女关系呢?

所谓亲子关系即父母子女关系，是家庭关系的主要组成部分，它因出生的事实而发生，是最近的直系血亲关系。[①] 根据我国《婚姻法》的规定，父母子女关系可以分为两类：一是自然血亲的父母子女关系，包括父母与婚生子女，父母与非婚生子女；二是法律拟制的父母子女关系，包括养父母与养子女，继父母与有抚养关系的继子女。亲子关系的确认针对的是可能有自然血亲关系的父母子女。所谓亲子鉴定，是应用现代医学和生物学的有关理论和技术，判断父母子女是否亲生关系的技术。[②]

亲子鉴定的遗传理论基础是1900年被重新发现的孟德原定律。根据该理论，DNA（脱氧核糖核酸）是人体细胞的原子物质，每个原子有46个染色体。男性精子细胞和女性卵子细胞由于减数分裂各有23条染色体，称为单倍体，它们只带有亲代一半的遗传因子。当精子与卵子结合的时候，每个人便从生父和生母处各继承一半的分子物质。通过测试子女与父母的DNA模式是否吻合来确认亲子关系。利用DNA进行亲子鉴定，非亲子关系的排除率为100%，亲子关系的确认率为99.9%。根据国外立法规定，否认婚生子女，首先要有婚生子女推定为前提。根据《日本民法典》第772条规定：自婚姻成立之日起于婚姻中怀胎的子女，推定为夫的子女。自婚姻成立之日起200日后或自婚姻解除或撤销之日起300

---

① 王丽萍等主编：《成长的权利》，山东人民出版社2002年版，第47页。

② 同上，第48页。

日以内所生子女，推定为婚姻中怀孕的子女。否认婚生子女关系，父或母要举证证明，即举证证明真正客观事实与法律上婚生子女的推定相反，并且这种证明效力要达到相当严格的标准。举证的客观事实包括很多种，如夫无生殖能力、双方无同居事实等。但是，通过亲子鉴定来否认亲子关系是最重要、最有说服力的证据，在各国实践中被广泛采用。

最高人民法院《关于人民法院在审判工作中能否采用人类白细胞抗原作亲子鉴定问题的批复》（下简称《批复》）对亲子鉴定的适用予以肯定。亲子鉴定被应用到司法领域，使一些疑难的婚姻家庭纠纷得到科学解决。《批复》同意在审判工作中采用人类白细胞抗原（HIA）作亲子关系鉴定。同时指出："鉴于亲子鉴定关系到夫妻双方、子女和他人的人身关系和财产关系，是一项严肃的工作。因此，对要求作亲子关系鉴定的案件，应从保护妇女、儿童的合法权益，有利于增进团结和防止矛盾激化出发，区别情况，慎重对待。对于双方当事人同意作亲子鉴定的，一般应予准许；一方当事人要求作亲子鉴定的，或者子女已超过三周岁的，应视具体情况，从严掌握，对其中必须作亲子鉴定的，也要做好当事人及有关人员的思想工作。人民法院对于亲子关系的确认，要进行调查研究，尽力收集其他证据。对亲子鉴定结论，仅作为鉴别亲子关系的证据之一，一定要与本案其他证据相印证，综合分析，作出正确的判断。"《批复》是在司法实践中采用生物技术作亲子鉴定的法律依据。

在医学上进行亲子鉴定并非难事，关键是在诉讼中如何应用亲子鉴定的问题。亲子鉴定涉及婚姻、家庭、子女人身权利和财产权益，在诉讼中适用应贯彻的是稳定、谨慎之精神，其适用是有条件的，在法律没有具体规定前提下，应以《批复》有关规定为基础，严格掌握其适用原则。一是当事人意志因素制约。《批复》规定：对于双方当事人同意作亲子鉴定的，一般应准许；一方当事人要求作亲子鉴定，或者子女超过 3 周岁的应视具体情况从严掌握，对其中必须作亲子鉴定的也要作好当事人及有关人员的思想工作。根据这一规定的精神，（1）双方当事人一致同意作亲子鉴定的应准许；

(2) 丈夫无证据猜疑妻子作风不正而要求作亲子鉴定，妻子拒绝的，不得强制作亲子鉴定；(3) 子女已长大成年，父或母一方要求作亲子鉴定无足够证据或虽有证据而另一方或子女否认，坚决不同意作亲子鉴定的，不能强制作亲子鉴定。二是保护妇女、儿童权益原则。《批复》规定：对要求作亲子鉴定的案件，应当从保护妇女、儿童合法权益，有利于增进团结利防止矛盾激化出发，区别情况，慎重对待。(1) 当亲子鉴定的适用可能影响子女或妇女合法权益而带来不良后果时，一般不应适用；(2) 在未婚男女、未婚男子（女子）与已婚女子（男子）发生性关系下所生子女因抚育费纠纷、赔偿纠纷引起的亲子关系确认案件中，任何一方要求均可准许；(3) 因婴儿抱错、怀疑非自己所生婴儿而拒绝从医院抱领的，任何一方要求均可启动亲子鉴定程序。这些基于未成年人利益而申请亲子鉴定的情况无需考虑对方意志，这一点在司法实践中已被贯彻。

在本案中，当事人双方经协商同意进行亲子鉴定，鉴定结论表明钟某与钟某某亲子关系的概率为99.9%，而且没有其他证据与此相矛盾。从保护妇女儿童的合法权益出发，根据亲子鉴定结论确认钟某与钟某某之间存在亲生父子关系是完全正确的。钟某无端怀疑妻子与他人有不正常男女关系，进而怀疑婚生子不是自己亲生，拒不支付子女抚养费的做法是完全错误的。

5. 在离婚案件中，凭发票能否认定财产归个人所有？

【案情】

2002年9月，张某和钟某两人经人介绍相识并建立了恋爱关系。2003年4月，张某和钟某在双方父母的主持下订婚并于2004年6月举行了婚礼。结婚前，张某和钟某共同购买了电视机、冰箱等家用电器和衣服、家具等。婚后，由于两人经常为生活琐事发生争吵，感情恶化。2005年2月，张某向人民法院起诉离婚。张某提出，两人共同购买的家用电器、衣服、家具等财产是其个人出资购买，并向法庭出具了购物发票。钟某也主张上述财产系其个人财产，并出

具其娘家所陪送的嫁妆清单。双方对共同购置上述财产及该财产是以钟某娘家所陪送嫁妆名义运送到张某家中这一事实存有异议。

【要点】

本案所反映的是在离婚案件中，发票能否作为认定个人财产证据的问题。

【评析】

在本案中，张某持有争议财产的购物发票，而钟某则向法庭提交了娘家所陪送的嫁妆清单。那么，能否据此认定上述财产归张某或钟某个人所有呢？答案是否定的。

首先，张某主张该财产为其个人财产的证据不足。张某是购物发票的持有人，但持有购物票据的人，不一定就是该物的所有权人。本案中的争议财产系张某和钟某共同前往购买，张某持有购物发票是正常的，但仅此不足以证明是张某个人出资购买。单凭购物发票就认定该财产为张某个人所有，显然证据不够充分。

其次，钟某主张上述财产归其个人所有证据亦不充分。钟某既不持有购物发票，又无证据证明其在购物中的出资情况，其所出具的嫁妆清单中虽然包括上述财产，但不足以推翻二人共同前往购买这一事实，更无证据证明系张某自愿赠与。对于离婚案件中的赠与行为的认定，最高人民法院的司法解释规定比较明确，本案显然不符合赠与的条件，故亦不能认定该财产为钟某个人财产。

最后，按照我国现行法律、法规之规定，共同财产是指二人以上共同所有或按份共有的财产。该案中的此笔财产系二人共同前往购买，无证据证明二人如何出资，又不能认定归任何一方所有，所以，只能推定为二人共同所有。

6. 在离婚案件中，如何证明己方父母的婚房出资系对个人赠款?[1]

【案情】

2006年5月原告秦某（女）与被告范某恋爱8个月后结婚。因为无房，双方婚后在外租房居住。2006年12月双方欲购买一套商品房，总价款需45万元。考虑到双方的经济状况，被告的父母拿出几十年的积蓄20万元资助给他们购房之用。后该房产权登记在原、被告名下。2008年3月，原告发现被告与他人有不正当关系，为此双方常发生争吵，原告遂向法院起诉要求离婚。诉讼中，原告要求平均分割属于夫妻共同财产的住房，被告则认为该房中有房款20万元系其父母出资，应扣除该部分房款后与原告平均分割。

庭审中，被告向法院提供2007年1月办理的一份公证书。该公证书中明确写明“我们系范某的父母，儿子范某于2006年5月与秦某结婚，现需购房一处，我们自愿出资20万元，作为对范某个人的赠与”，以此证实父母出资系赠与范某个人。

【要点】

本案所反映的是在离婚案件中，如何证明己方父母的婚房出资系对个人赠款的问题。

【评析】

最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第22条规定：“当事人结婚前，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对自己子女的个人赠与，但父母明确表示赠与双方的除外。当事人结婚后，父母为双方购置房屋出资的，

---

① 朱建新主编：《民事取证方略—来自审判实践中的方法总结》，江苏人民出版社2006年版，第210～212页。

该出资应当认定为对夫妻双方的赠与，但父母明确表示赠与一方的除外。”通常情况下，夫妻双方的任何一方的父母或亲属在双方婚后给予的相应资助往往会因为碍于情面而未明确表示是赠与给夫妻双方的还是赠与给某个人的，这样一旦夫妻感情破裂导致离婚，很容易造成在分割财产问题上产生严重分歧。很多当事人虽也提供如证人证言、父母出具的书证等证据证明父母或亲属在出资时的初衷，但从证据效力来看，这些证据的证明力非常弱，很难为法官所采信。

本案中，被告提供的公证书真实反映了被告父母在出资20万元时所表示的态度，即是对范某个人的赠与，并非对夫妻的赠与。而原告虽称对该公证书毫不知情，但并无证据能够推翻该公证，故被告提供的这份证据足以使法官相信，被告父母在出资20万元时的真实意思表示，为赠与被告个人用于购房，故被告主张双方共有住房分割时应考虑这20万元系被告个人财产的因素，应当被法官采纳。被告所采用的公证方法与人们通常的做法相比，优越性显而易见，操作简便、成本低廉、成功率高。同时从目前的公证手续来看，只需赠与人到场即可，被赠与人一方的配偶无须到场，从情面的角度考虑，公证后亦无须告知被赠与人一方的配偶，这样既不影响夫妻和长辈间的关系，又为今后可能发生的纠纷准备了解决的依据。

7. 在离婚案件中，打妻协议能否作为认定家庭暴力的有效证据？

【案情】

2000年6月，卓某（男，25岁）与温某（女，21岁）经人介绍相识。经过一段时间的交往，两人情投意合，建立了恋爱关系。卓某对温某十分体贴关心，百依百顺，让温某相信他就是自己可以一辈子依靠的男人。2001年8月，两人举行了婚礼。婚后的一段时间，两人的感情比较融洽，生活十分美好。但时间一长，卓某便逐渐露出了本来面目。温某发现，卓某实际上是一个脾气十分暴躁的人，与恋爱期间的印象完全不同，在生活中稍有不顺心的事，卓某

就会大发脾气。而且，卓某的疑心很重，对温某总是不放心，经常旁敲侧击地盘问温某的私事，甚至还盯温某的梢，这让温某十分失望，夫妻感情出现了裂痕。两人经常发生争吵，最后发展到撕打。温某在忍无可忍的情况下，多次离家出走。为了不让温某离家出走，在卓某的提议下，双方签订了书面协议，约定：卓某承诺不再殴打温某，但温某不得离家出走，否则，打断一条腿作为惩戒。但夫妻关系并未因此而好转。2004 年 4 月，在一次争吵过程中，温某左臂被卓某打折，住院治疗 1 个月。2004 年 12 月，温某向人民法院起诉离婚，并请求对其伤情进行法医鉴定。经鉴定，温某构成轻伤。同时，温某还向法庭提交了上述书面协议，证明卓某对自己实施了家庭暴力，造成自己肉体和精神的极大伤害，请求判决卓某给予自己赔偿。温某未能提供受伤时的病历等原始记录来证明自己身体受伤的确切原因和伤情。

【要点】

本案所反映的是在离婚案件中，打妻协议能否作为认定家庭暴力的有效证据的问题。

【评析】

在本案中，温某在离婚诉讼中以卓某对自己实施家庭暴力、给自己造成了人身和精神伤害为由请求损害赔偿，其提供的证据是证明其伤情构成轻伤的法医鉴定结论和夫妻双方签订的一份包含打妻内容的协议。温某未能提供自己受伤时的原始病历以证明自己受伤的确切原因。在这种情况下，能否认定温某主张的卓某对其实施家庭暴力的事实存在呢?

我国《婚姻法》规定，禁止家庭暴力。在离婚案件中，如果存在实施家庭暴力的情形，经调解无效的，应当准予离婚。因实施家庭暴力导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿。对于实施家庭暴力的，《婚姻法》还规定了一系列救助措施：受害人有权提出请求，居民委员会、村民委员会以及所在单位应当予以劝阻、调解。对正

在实施的家庭暴力，受害人有权提出请求，居民委员会、村民委员会应当予以劝阻；公安机关应当予以制止。实施家庭暴力或虐待家庭成员，受害人提出请求的，公安机关应当依照治安管理处罚的法律规定予以行政处罚。所谓家庭暴力，特别是发生在夫妻之间的家庭暴力，从本质上来讲就是性别歧视、性别压迫。和谐稳定的婚姻家庭关系是我国婚姻家庭的主流，但不容否认的是，家庭暴力在相当广泛的范围内存在。家庭暴力的突出特点是其隐蔽性，首先发生的场所隐蔽，特别是在城市，住在单元楼里，邻居彼此不相往来，不容易被发现；其次，家庭暴力普遍被人们认为是家庭私事，人们漠视、习以为常了。特别是传统观念中的流毒甚深："打是亲骂是爱"，"小两口打架不记仇"。实际上，家庭暴力侵犯人权，是违法甚至犯罪行为。家庭暴力的隐蔽性特点和邻里的漠视使得此类案件证据少，取证难，质证难。因此，在认定家庭暴力的过程中，就要全面考虑各种相关的证据，综合判断，客观地认定事实，以保护家庭暴力受害人的合法权益。

在本案中，温某既没有提供证明其受伤的确切原因和伤情的原始病历，又没有提供目击证人，对证实其伤情是其配偶殴打所致带来一定困难；仅凭一份法医学鉴定书，她似乎只能证明自己受了伤，却难以证明谁是暴力的实施者。但温某同时还向法庭提交了其与卓某双方签订的一份协议。从该协议包含的"卓某承诺不再殴打温某，但温某不得离家出走，否则，打断一条腿作为惩戒"的内容来看，卓某确实有殴打温某的行为。结合法医鉴定结论，本案可以认定卓某对妻子温某实施了家庭暴力，给温某的精神、肉体造成了损害，严重侵犯了温某的人身权益，应当依法给予赔偿。

8. 在离婚案件中，仅凭未成年子女的证言能否认定夫妻感情破裂？

【案情】

段某（男，45岁）与宁某（女，42岁）于1988年结婚。婚后，

生育一子段某某。2004年6月，段某向人民法院提起诉讼，称两人经他人介绍结婚，缺乏感情基础，婚后夫妻关系一直不和谐，经常发生争吵。宁某对家庭生活和孩子的成长及教育问题漠不关心，经常不回家，使婚姻关系难以为继。现在夫妻双方感情确已破裂，请求人民法院依法判决离婚并要求抚养婚生子段某某。在人民法院指定的举证期限内，段某申请传唤段某某出庭作证。段某某证实父母经常在家中发生争吵。宁某认为，段某某尚未成年（14岁），对夫妻感情问题缺乏判断能力，其提供的证言不能作为认定夫妻双方感情破裂的依据。自己与段某结婚十几年，婚姻基础较为牢固，虽然在日常生活中有矛盾并时常发生争吵，但夫妻感情远未破裂，因此，不同意离婚。

【要点】

本案所反映的是未成年人证言的证明力的问题。

【评析】

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》）第76条规定："当事人对自己的主张，只有本人陈述而不能提出其他相关证据的，其主张不予支持。但对方当事人认可的除外。"由于人民法院审理离婚案件是以夫妻感情是否确已破裂作为判决准予或不准予当事人离婚的标准，而在本案中，段某主张其与宁某的夫妻感情确已破裂，但宁某对此予以否认，根据上述司法解释的规定，如果只有段某的陈述而没有其他证据加以佐证，其主张是不能得到人民法院的支持的。所以，段某向人民法院申请传唤婚生子段某某出庭作证，希望通过段某某的证言证明自己关于夫妻感情确已破裂的主张。段某某作为本案唯一的证人，其提供的证言举足轻重，是认定段某与宁某夫妻感情是否确已破裂的唯一证据。

《证据规定》第53条规定："不能正确表达意志的人，不能作为证人。待证事实与其年龄、智力状况或者精神健康状况相适应的无民事行为能力人和限制民事行为能力人，可以作为证人。"段某某现

年14岁，按照我国法律规定属于限制民事行为能力人，具有一定的认识和判断能力。作为与段某和宁某长期共同生活的子女，段某某对父母之间的共同生活情况有切身的感受，其证言在一定程度上能够真实地反映段某和宁某的婚姻关系和感情状况。因此，由其出庭作证是适宜的，符合司法解释的规定。段某某提供的证言显示：段某与宁某在共同生活过程中经常发生争吵。这一事实是段某某所能正确认识和判断的，但仅凭这一事实能否认定夫妻双方感情确已破裂，显然缺乏充分的依据。夫妻感情问题是一个非常复杂的问题，夫妻感情的好坏存在于夫妻之间的感情世界中，外人一般难以判别，作为年仅14岁的未成年人，段某某显然不能对夫妻感情是否确已破裂的问题作出准确的判断，即便判断的对象是自己的父母。这一待证事实与段某某的年龄和智力状况是不相符的。《证据规定》第78条规定："人民法院认定证人证言，可以通过对证人的智力状况、品德、知识、经验、法律意识和专业技能等的综合分析作出判断。"鉴于夫妻感情确已破裂的问题已经超出了段某某理解和判断能力的范围，与其年龄、智力状况不相符合，因此，不能把段某某的证言作为认定段某与宁某夫妻感情确已破裂的依据。

最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件如何认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》指出："判断夫妻感情是否确已破裂，应当从婚姻基础、婚后感情、离婚原因、夫妻关系的现状和有无和好的可能等方面综合分析。"因此，判断夫妻感情的好坏不能简单化，仅凭夫妻在日常生活中发生争吵就断定夫妻感情确已破裂是难以让人信服的。在本案中，段某与宁某结婚达十几年，婚姻基础较为牢固，而且有婚生子女。在仅有当事人的陈述而没有其他证据佐证的情况下，是不能认定夫妻感情确已破裂的，应当依法判决不准予离婚。

9. 在离婚案件中，单位出具的当事人生活作风证明材料的效力如何认定？

【案情】

王某（女，某小学老师）向人民法院提起诉讼，要求与范某（男，某企业办公室主任）离婚。王某称，范某生活作用不正派，与多名女性有不正当男女关系，经常打骂自己，对自己的身心造成了巨大的伤害，因此请求人民法院判决准予离婚并要求范某给予自己精神损害赔偿。范某同意与王某离婚，但拒绝给予王某赔偿。范某主张自己生活作风正派，在亲友、同事当中口碑很好，王某之所以提出离婚，是因为另有新欢，与自己无关。为此，范某向法院提交了其所在单位出具的证明材料，称范某为人正直、待人友善，与单位同事关系融洽，工作积极，受到大家一致好评。范某所在单位出具的这份证明材料能作为有效的证据使用吗？其对认定案件事实有多大的作用呢？

【要点】

本案所反映的是单位证明材料的证据资格和证明力的问题。

【评析】

《民事诉讼法》第63条规定："证据有下列几种：（一）书证；（二）物证；（三）视听资料；（四）证人证言；（五）当事人的陈述；（六）鉴定结论；（七）勘验笔录。以上证据必须查证属实，才能作为认定事实的根据。"但对证据种类的划分在理论上颇有争议，且诉讼实践中还经常会出现一些不知应该归属于何种类别的证据，"单位证明材料"就是典型的一例。

首先，"单位证明材料"不属于书证。"单位证明材料"，通常是有关单位出具的用来证明存在某种事实的一种文书。从表面上看，"单位证明材料"可能被认为是书证的形式之一，两者都可以表现为

书面材料。但“单位证明材料”往往形成于诉讼的过程之中，通常是因为诉讼而“证明”，而且多数情况下还是取证机关在调查取证活动中获得；书证则是在诉讼活动之前或者是在与诉讼没有联系的情况下制作的。经过鉴定真实的书证是广义物证的一种，如一张借条的原件，可以单独直接用来证明某一案件事实的存在与否，具有极高的证明作用和价值。这里说“单位证明材料”不属于书证，一是指它不具有书证那种形成在先的客观内容；二是指它不具有书证这种较强的证明力，缺乏客观性和真实可靠性。其次，“单位证明材料”不同于证人证言。前者明显是以单位的名义由单位出具的用来证明存在某种事实的一种文书；后者则是由证人所感知的与案件有关的内容来证明待证事实：（1）二者的主体不同，一个是自然人，一个是非自然人的法人或非法人实体机关；（2）证人证言往往可以通过严密的质证程序来确认其可靠性，而“单位证明材料”则很难像证人证言那样通过有效的质证来确定其证明力。

不易质证是“单位证明材料”在作为证据使用时存在的一个严重的缺陷。对于书证和证人证言，《民事诉讼法》规定了相关的质证程序。书证除了可以在法庭上当庭质证外，还规定了特别的鉴定程序，当然，原则上，对于鉴定结论的正确与否，诉讼法规定了鉴定人出庭接受询问的制度，并且对方当事人仍可以申请法院进行复核鉴定、重新鉴定或“会同鉴定”。对于证人证言，虽然诉讼法规定了“有正当理由”的当事人可以不出庭接受质证，但也同时要求证人应该在证言上签字或盖章，并留下其身份证复印件和住址，以保证该证人证言的责任可追究性。然而，对于“单位证明材料”，由于其证据种类归属尚未确定，故而就没有严密的相关质证规则。事实上，司法实务中，许多出具“单位证明材料”的机构，特别是当这些“单位”是某些国家机关时，质证程序就更加难以保证。因此，“单位证明材料”的证据作用有时还不及证人证言的证据作用大，在某种意义上说，“单位证明材料”的证据效力依然是值得商榷的事情。“单位证明材料”充其量不过是各种“单位”的“单位证言”，而根据我国现行诉讼法规定，“单位”是绝对不能作为证人参与诉讼的，

因此，当然也就无所谓“单位证言”的存在。过于强调“单位证明材料”的证据作用，势必影响对当事人合法权利的有效保护。“单位证明材料”既不同于书证，又不同于证人证言，甚至也不能算作严格意义上的“公文文书”。因为，真正的“公文文书”应是由国家机关、事业单位、社会团体等依法定权限和程序制作并存档的工作文书。可以说，很难将“单位证明材料”归于我国现行证据体系中的任何一种证据种类。然而，在司法实务中，它又是客观存在的并经常被作为证据使用的一种证据材料（一般被称作“其他证据材料”），这是一个无法回避的现实问题。在目前法律尚未对“单位证明材料”作出规定的情况下，“单位证明材料”只能视其为证明力极低的一种证明材料，不能单独作为证据使用。

结合上述分析，在本案中，范某所在单位出具的证明材料在没有其他证据加以印证的情况下，是不能作为认定案件事实的依据的。范某如果要证明其主张的“自己生活作风正派，在亲友、同事当中口碑很好以及王某之所以提出离婚，是因为另有新欢，与自己无关”等事实，必须提供充分的证据。仅有所在单位的证明材料不足以证明其所主张的事实。当然，这里的前提是王某首先要为自己主张的事实：即范某存在婚外情，对自己造成了人身和精神损害进行举证。在王某未就其主张提供有效证据的情况下，范某没有举证进行反驳的义务。

10. 因家庭暴力请求离婚，当事人如何举证？

【案情】

冯某（男，某机关公务员）与白某（女，某企业职工）于2002年结婚。在婚后共同生活过程中，两人因性格不和发生矛盾，导致夫妻关系恶化。2004年6月，白某向人民法院提起诉讼，称冯某脾气暴躁，经常打骂自己。2003年9月，冯某将自己打伤，迫使自己住院治疗达两个星期；2004年3月，冯某为生活琐事再次野蛮地殴打自己，自己被迫离家出走。由于冯某实施家庭暴力，给自己的身

心造成了严重伤害，夫妻感情破裂，请求人民法院判决准予离婚。白某向法庭提交了下述证据：冯某的邻居出具的证人证言，证实经常听到两人在家中发生争吵；2003 年 9 月，白某到某医院治疗时的病历和医疗费单据；2004 年 3 月，白某利用秘密安装的微型录像机拍摄的冯某殴打自己录像；有关机构于2004 年9 月出具的证明白某被打致轻伤的鉴定结论。冯某辩称，自己与白某确曾为一些生活琐事发生争吵，但自己没有殴打白某。两人婚姻基础较好，虽然有矛盾，但并未达到夫妻感情破裂的地步，所以不同意离婚。在质证过程中，冯某主张白某出具的2003 年9 月到某医院治疗的病历，不能证明自己对其实施了家庭暴力。白某之所以到医院治疗，是由于其自己不慎跌倒造成的。白某向法庭提交的录像带是其偷拍的，不是合法的证据，法庭应当不予采纳。至于鉴定结论证明白某受轻伤，也不是自己殴打造成的，而是白某自己下楼时摔倒导致的。冯某向法庭提交了亲友的证言，证明两人婚姻基础较好，夫妻感情并未破裂。白某在质证过程中指出，两人婚姻基础较好是过去的事情，现在夫妻感情已因冯某的家庭暴力行为破裂，婚姻基础不复存在。

【要点】

本案所反映的是因家庭暴力请求离婚，当事人如何举证的问题。

【评析】

《婚姻法》第 32 条规定：“男女一方要求离婚的，可由有关部门进行调解或直接向人民法院提出离婚诉讼。人民法院审理离婚案件，应当进行调解；如感情确已破裂，调解无效，应准予离婚。有下列情形之一，调解无效的，应准予离婚：（一）重婚或有配偶者与他人同居的；（二）实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的；（三）有赌博、吸毒等恶习屡教不改的；（四）因感情不和分居满二年的；（五）其他导致夫妻感情破裂的情形。一方被宣告失踪，另一方提出离婚诉讼的，应准予离婚。”所谓离婚诉讼，是指婚姻关系当事人一方基于一定的理由，向人民法院提起的请求裁决离婚的诉讼。离婚

纠纷作为人民法院受理的婚姻家庭案件中最为常见的一种类型，不仅影响到当事人的法律地位，同时还涉及财产分割、未成年子女抚养等问题。因此，了解离婚诉讼中证据运用的特点，对于当事人正确运用证据，赢得诉讼，维护自身的合法权益有着重要的意义。根据上述法律规定，在离婚诉讼中，我国是以夫妻感情确已破裂作为人民法院准许当事人双方离婚的法定条件。凡涉及离婚诉讼，其核心问题就是确定夫妻感情是否确已破裂。所谓夫妻感情确已破裂，是指夫妻感情确已达到了真实、完全、长久地不可挽回的程度，而将要破裂或者可能破裂都不构成夫妻感情确已破裂。这也就决定了离婚诉讼证据运用的重点所在。根据我国民事诉讼举证责任分配的原则，离婚诉讼中适用“谁主张，谁举证”的原则，即由提出离婚诉讼请求的原告一方承担证明夫妻感情确已破裂的举证责任。

由于婚姻问题涉及当事人的私生活，局外人难以了解和掌握，加上感情本身的复杂易变，感情总会受到外界诸多因素的影响而表现出不确定性等原因，这些都给原告收集证据证明夫妻感情确已破裂带来了极大的困难，同时也决定了离婚诉讼中证据运用的特殊性。具体而言，这些特殊性包括：（1）当事人陈述占有相当的地位。几乎所有的离婚案件都要求当事人亲自出庭表明自己对婚姻的态度。因此，当事人陈述在离婚证据中就显得尤其重要。当事人为了实现自己的诉讼目的，都会从感情基础、婚后感情和其他因素上来进行对自己有利的陈述。这种各执一词的情况，不仅增加了当事人，尤其是原告举证和证明的难度，而且也增加了人民法院认证的难度。（2）在所有类型的离婚诉讼证据运用中，还有一个共同特点，即除了当事人陈述外，最常见的证据种类是证人证言。另外，在现代文明社会，尤其是在城市中，人与人之间已经越来越少地关注对方的私人生活，即使邻居之间都来往较少。因此，对于感情及有关的纯属夫妻之间感情的事情，证人证言很难取得，证明案件事实的证人也以当事人双方的亲友为多，而这又给证人证言的认定带来了难度。因此，在离婚诉讼中，人民法院如何结合有限的证据材料来审查认定证据就成为一个尤为重要的问题。（3）要注意非法证据排除规则

的运用。所谓非法证据排除规则，是指证据虽然与案件事实有关联性但如其是以牺牲程序的正当性，侵犯他人合法权益为代价取得的，则不将其采纳为认定案件事实的证据。在离婚诉讼中，由于举证困难，当事人极有可能会通过非正常手段来收集证据。因此，对于当事人来说，如何在法律许可的范围内尽量收集有利于自己的证据，是应该慎重考虑的问题。当然，对于法院来说，如何结合现行证据规则的规定，审查其是否符合法律程序，是否具有证据资格，也是一个应加以重视的问题。

另外，需要指出的是，正是由于离婚诉讼中举证、质证、认证的困难，为了使离婚诉讼中的证据运用，同时也是为使离婚条件具备一定的客观性和可操作性，《婚姻法》列举了确定夫妻感情确已破裂的几种事由。这些事由包括：(1) 重婚或有配偶者与他人同居的；(2) 实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的；(3) 有赌博、吸毒等恶习屡教不改的；(4) 因感情不和分居满二年的；(5) 其他导致夫妻感情破裂的情形。从证据运用的角度看，针对这些不同的情形，原告运用证据的重点也就会有所不同。总的来说，可以概括为下述两点：(1) 对基于前四种理由提出离婚请求的，原告应充分收集能够证明上述四种事由存在的证据。总的来说，对于第二、第三、第四这三种事由的举证相对容易，但对于第一种事由，即就违反夫妻忠实义务的举证则较为困难。这是因为，此类情形发生的场所一般较为隐秘，知情者少。加上《婚姻法》增加了对过错方不利的规定，因此，这些行为就更为隐秘和谨慎，当事人的取证难度也就更大了。同时，由于最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》）中规定了非法证据的排除规则，当事人如何在充分收集证据的同时，避免使用非法手段，也是在证据运用中要考虑的问题。(2) 对于因其他原因而提出离婚诉讼的，当事人应当举证并证明这些原因已导致夫妻感情确已破裂。由于感情的复杂性和易变性，实践中的离婚诉讼往往不是基于前面四种事由而产生，而常常是由于家庭琐事、性格不和或双方地位变化等其他因素产生。对于这类离婚案件，当事人如何举证，并能使法官形成双方感情确已破

裂的内心确信（心证），是这类离婚诉讼中证据运用的难点。一般来说，当事人可以从双方婚姻结合的基础、婚后感情状况、离婚的直接原因和双方有无和好的可能等方面来进行举证，双方当事人也可以从这些方面举证来阻止法官形成关于双方感情确已破裂的心证。最后，还需要强调的是，为了保护婚姻关系当事人的合法权益，我国《婚姻法》还规定了对一方当事人离婚诉权的限制。这些限制主要就是对现役军人配偶离婚诉权的限制和特定条件下对男方离婚诉权的限制。由于对诉权的限制实质上是阻碍原告一方权利的实现，因此，根据举证责任的分配原则，应由主张这些限制情形存在的一方承担举证责任。

我国《婚姻法》第32条第3款第2项规定："有下列情形之一，调解无效的，应准予离婚：……（二）实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的；"根据上述法律规定，家庭暴力构成了判决准予离婚的法定事由之一。所谓家庭暴力，是指行为人以殴打、捆绑、残害、强行限制人身自由或者其他手段，给其家庭成员的身体、精神等方面造成一定伤害后果的行为。从举证的角度看，受害人如果想举证证明自己因家庭暴力受到了伤害，应当注意从两个方面进行举证和证明：一是加害人实施了对自己殴打、捆绑、残害或者强行限制人身自由等行为。只要受害人举证证明了加害人存在上述行为之一，就达到了证明目的；二是受害人要举证证明加害人的行为给自己的身体和精神上造成了一定的伤害。对于身体伤害的程度，《婚姻法》和有关的司法解释没有作出明确规定。在司法实践中，如果家庭暴力以殴打或者残害等形式出现，一般以造成轻伤为基准；如果家庭暴力以捆绑或者限制人身自由等形式出现，则不以轻伤作为必须要件。因此，受害人在对家庭暴力的后果进行举证时，应当证明加害人的家庭暴力行为给自己造成了轻伤以上的身体伤害或者其他形式的伤害。

受害人要注意充分运用法律赋予的权利，在法律许可的范围内最大限度地收集证据，证明自己的主张。我国《民事诉讼法》第63条虽然规定视听资料可以作为证据使用，但对未经对方当事人同意

取得的视听资料是否可以作为证据使用以及证明力等问题，未作明确规定。最高人民法院在给河北省高级人民法院的批复（法复1995第2号）中规定："未经对方当事人同意私自录制其谈话，系不合法行为，以这种手段取得的录音资料，不能作为证据使用。"从而否定了私自录制的录音资料的证据资格。《证据规定》第70条第3项规定："一方当事人提出的下列证据，对方当事人提出异议但没有足以反驳的相反证据的，人民法院应当确认其证明力：……（三）有其他证据佐证并以合法手段取得的、无疑点的视听资料或者与视听资料核对无误的复制件；"第82条规定："本院过去的司法解释，与本规定不一致的，以本规定为准。"从上述规定可以看出，对私自录制的音像资料能否作为证据使用，批复以"经对方当事人同意"为条件；而《证据规定》则代之以"以合法手段取得"。换言之，私自制作的音像资料，只要采集手段不损害对方的合法权益和公共利益及其他人的利益，就可以作为证据使用，但必须有其他证据佐证，音像资料本身不存在疑点，而且对方当事人没有足够证据进行反驳。批复与《证据规定》相抵触，应当以规定为准。由于家庭暴力多在私人场合发生，增加了受害人举证的难度。在不能通过其他方式收集关于家庭暴力证据的情况下，受害人可以通过录制音像资料的方式采集证据，当然前提是不能侵犯当事人的合法权益或者违反法律的禁止性规定，即要通过合法手段取得该证据材料。

就加害人一方而言，在此类离婚案件中，不承担举证责任。这就意味着只要受害人举证证明了上述待证事实，加害人就要承担不利的诉讼后果。但需要注意的是，虽然加害人对是否有家庭暴力的事实不承担证明责任，但并不表明其不需要收集证据。《证据规定》第73条规定："双方当事人对同一事实分别举出相反的证据，但都没有足够的依据否定对方证据的，人民法院应当结合案件情况，判断一方提供证据的证明力是否明显大于另一方提供证据的证明力，并对证明力较大的证据予以确认。因证据的证明力无法判断导致争议事实难以认定的，人民法院应当依据举证责任分配的规则作出裁判。"也就是说，对受害人负有举证责任的事实，加害人也要做好举

证准备。一旦受害人举证证明家庭暴力的事实存在，加害人就要提供证据予以反驳。如果加害人举出的证据证明力较强，法官就会认定家庭暴力的事实不存在，判决受害人败诉；如果案件事实因当事人双方的证据均无优势而处于真伪不明的状态，法官也会依据举证责任作出对受害人不利的判决。但加害人一旦不能举出反驳的证据或者举出的证据不足以反驳受害人的证据，法官就会认定受害人主张的事实成立，作出不利于加害人的判决。

在本案中，白某向法庭提交了下述证据：冯某的邻居出具的证人证言，证实经常听到两人在家中发生争吵；2003 年 9 月，自己到某医院治疗时的病历和医疗费单据；2004 年 3 月，白某利用秘密安装的微型录像机拍摄的冯某殴打自己录像；有关机构于 2004 年 9 月出具的证明白某被打致轻伤的鉴定结论。上述证据中，录像带和有关机构的轻伤鉴定结论有力地证明了冯某对其实施家庭暴力并造成了一定伤害的事实。就此而言，白某的举证是十分成功的。根据这一事实，人民法院就可以认定本案具备了判决准予离婚的法定事由，从而支持白某的诉讼请求。就白某提供的其他证据而言，邻居证明经常听到两人发生争吵的证言不是本案必要的证据。白某以家庭暴力为由起诉离婚，只需要就这一事实进行举证，而上述证言对证明家庭暴力事实的存在并无帮助，仅能证明两人在日常生活中有口角，所以不是本案必要的证据。至于白某提交的某医院于 2003 年 9 月出具的病历和医疗费单据，也不足以证明冯某对其实施了家庭暴力。冯某在本案中仅提交了亲友关于两人婚姻基础较好，夫妻感情并未破裂的证言。该证据显然不足以反驳白某提供的证据。白某主张冯某对其实施了家庭暴力，上述证言与这一事实没有直接的联系，所以，不能影响法官对案件事实作出判断。冯某虽然主张白某提交的录像带是偷拍的，不是合法的证据，不应当采纳。但白某在取得该证据的过程中，没有侵犯冯某的合法权益，也没有违反法律的禁止性规定，因此，冯某的上述反驳是不成立的。综合当事人双方的举证情况，本案应当认定实施家庭暴力事实成立，判决准予两人离婚。

11. 在离婚损害赔偿案件中，当事人如何举证?

【案情】

周某（男，某机关干部）与梁某（女，某医院护士）于1991年结婚。婚后，生育一子周某某。2004年6月，梁某向人民法院提起诉讼，称：周某与孙某（女，某企业职员）自2000年底开始同居，并于2003年底生育一女。周某与孙某同居后，两人的夫妻关系恶化，周某经常无端辱骂和殴打自己，损坏家庭财产，现向人民法院请求判决准予离婚，并要求周某赔偿自己的物质和精神损失共计5万元。婚生子周某某由自己抚养。周某答辩称，自己与孙某是工作关系，梁某关于两人同居并生育子女的主张完全是其无端怀疑和凭空想象。梁某的行为严重损害了夫妻感情，故同意与其离婚，但拒绝承担赔偿责任，婚生子周某某由自己抚养。梁某向人民法院提交了下述证据：梁某本人关于事情经过的陈述；婚生子周某某关于其亲眼目睹父亲周某与孙某出入某住宅小区的证言；周某与孙某的拥抱合影照片；邻居出具的关于听到周某与梁某夫妻二人争吵，周某宣称自己与孙某的事情梁某管不着的证言；梁某受伤后到某医院关于治疗的病历以及医疗费单据；被损坏的家庭财产的购物发票。周某提交了本人关于事情经过的陈述；所在单位同事关于周某人品端正，与孙某确系工作关系的证言；产权人为孙某的某小区住宅一套的房产证；周某与孙某签订的房屋租赁协议。

【要点】

本案所反映的是在离婚损害赔偿案件中，当事人如何举证的问题。

【评析】

《婚姻法》第46条规定：“有下列情形之一，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：（一）重婚的；（二）有配偶者与他人同居的；（三）实施家庭暴力的；（四）虐待、遗弃家庭成员的。”这是

在离婚案件中，当事人请求损害赔偿的法律依据。所谓离婚损害赔偿，是指婚姻关系的当事人一方出于过错侵害了对方因配偶身份所产生的权利并导致婚姻关系破裂，在离婚时，过错方对无过错方所受的损害应当给予相应的赔偿。构成离婚损害赔偿责任，应当具备以下几个要件：（1）行为人实施了侵权行为。这里的所谓侵权行为，并非是离婚行为本身，而是导致离婚的过错行为。（2）行为人在主观上有过错。需要承担离婚损害赔偿责任的配偶，在主观上必须是故意的。过失不构成离婚损害赔偿之过错，不承担离婚损害赔偿责任。（3）必须存在损害结果。这种损害结果是配偶一方重婚、与他人同居、实施家庭暴力或者虐待、遗弃家庭成员而使对方人身、财产或者精神受到的损害。（4）侵害行为与损害结果之间存在因果关系。即配偶一方的侵权行为与受害配偶的损害结果之间具有引起和被引起的关系，或者说，由于配偶一方的侵害行为导致了受害配偶损害结果的发生。（5）造成婚姻关系破裂的结果。在没有离婚之前提条件，受害方配偶不得提出损害赔偿请求。（6）配偶一方之侵害行为与婚姻关系破裂之间存在因果关系。否则，即使配偶一方实施了侵害行为，只要婚姻关系不是因之而破裂，该方当事人就不用承担离婚损害赔偿责任。（7）提出离婚损害赔偿请求的配偶在主观上没有过错。所谓无过错，是指请求离婚损害赔偿的当事人在指称对方有重婚、与他人同居、实施家庭暴力，虐待、遗弃家庭成员等行为时，自己不得也有上述过错行为。

离婚损害赔偿案件在证据方面具有以下特点：

1. 证据类型上的相对单一性

我国《民事诉讼法》第63条规定：“证据有下列几种：（一）书证；（二）物证；（三）视听资料；（四）证人证言；（五）当事人的陈述；（六）鉴定结论；（七）勘验笔录。以上证据必须查证属实，才能作为认定事实的根据。”《民事诉讼法》的证据分类是对全部民事诉讼证据的总的归纳，并非每一个具体的个案中都会出现上述几种证据。但在各类民事诉讼中，能如离婚损害赔偿案件般在证据类型上表现如此单一的却为数不多。所以说，离婚损害赔偿案件

在证据类型上有相对单一的特点。在审判实践中，离婚损害赔偿案件中的当事人所能提供的证据多为当事人之陈述以及有限的证人证言和书证（在个别案件中还会有鉴定结论）。当事人陈述自不待言，每一起诉讼中都会有这样一项证据。就书证而言，除非有过错方的配偶造成受害方配偶财物的损失或者身体损伤，否则诉讼中书证是比较少见的。事实上，由于婚姻家庭关系的特殊性，即使受害方有损伤，多半也不会申请伤情鉴定。因此，该种证据非常少见。只有证人证言一项，在离婚损害赔偿诉讼中多被运用。这是因为家庭是社会最基本的组成单元，家庭纠纷起初多由邻里或者最基层的官方或者半官方组织进行调解，所以，对纠纷事件知之最详的就是邻里或者居委会、村委会等组织。因此，才会在诉讼中较多地出现证人证言，而且在本类诉讼中，最能判定案件事实真伪的就是这些证人证言。

2. 证据的间接性和相对滞后性

俗话说，“捉贼要捉赃，捉奸要捉双”，讲的就是证据的直接性和现时性。但是捉赃还好办，因为赃款赃物的存续时间较长，相对易于查获，但捉双就不好办了。这是因为：第一，捉奸多涉及个人隐私，一个不慎就要侵犯他人的人身权；第二，捉双的机会稍纵即逝，世上估计找不到哪一对男女会在他们发生不正当性行为时通知他人在旁观摩；第三，捉奸的主体的特殊性。捉奸人多为受害方配偶，即离婚损害赔偿诉讼中的一方当事人，因此，在诉讼中会遇到另一方当事人矢口否认，而使受害方配偶的证言难于确认的情况。因此，除当事人陈述外，能呈交法庭的证据多为间接证据或者时间上相对滞后的证据，如第三人风闻夫妻之间的争吵，等等。但在因暴力或者虐待、遗弃导致的离婚损害赔偿诉讼中，其证据的间接性与相对滞后性并不十分明显。一般比较严重的暴力事件多半会惊动邻里或者居委会、村委会，而虐待案件因为其长期性、经常性，也多为邻里、村委会、居委会所知悉，遗弃也不例外。

3. 举证甚为困难

在审判实践中，离婚损害赔偿诉讼多以调解方式结案，这不仅

仅是因为婚姻家庭案件较其他民事案件更为重视调解结案，也有离婚损害赔偿诉讼中证据收集颇为麻烦、困难的原因。在重婚证据的认定问题上，一般而言，法律上重婚容易认定，因为登记结婚需要履行一系列法定的步骤、程序，但事实上的重婚则难以认定。依据法律规定，对事实婚姻的认定，则须认定同居时间、地点、人物称谓等多方面的内容，实践中难以把握，技术上难以操作。在同居的证据认定上，依据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》（以下简称《若干解释》）的规定，其共同居住行为必须具有长期性和稳定性。在审判实践中，共同居住行为本身就很难取证，更何况要证明这种行为持续、稳定，其证明难度可想而知。至于家庭暴力的认定，如前所述，如果家庭暴力导致的后果较为严重，这种情况由于一般会有第三人的介入，而且也有可能形成相关的书证、物证，因此比较容易取证。但如果其特定的每一次家庭暴力行为均不严重，仅导致受害人轻微伤，如打肿脸等。出于维护婚姻家庭稳定的考虑，受害人不会声张，更不会去找居委会、村委会等组织机构解决或者刻意保留医院的相关病历、化验单据，因而其取证就十分困难。对于虐待的认定，由于持续性、经常性的家庭暴力构成虐待，因此虐待的取证困难毋庸置疑。司法实践中，遗弃案件较之其他的离婚损害赔偿案件为少，在取证上由于遗弃案件一般都会有第三人介入，所以取证比其他离婚损害赔偿案件容易。但是，这种取证较易是以问题相对严重为代价的。①

具体到本案，梁某以周某与他人同居为由提出离婚损害赔偿请求，她必须就下述事实承担举证责任：（1）周某与孙某存在同居关系；（2）自己在身体上和财产上受到损害；（3）周某与孙某的同居行为与自己所受损害之间存在因果关系。上述几项事实中，第一项事实的证明最难。《若干解释》第2条规定："同居是指有配偶者与婚外异性，不以夫妻名义，持续、稳定地共同居住"。因此，当事人要证明同居关系存在，就需要从以下三个方面举证：（1）证明有过

---

① 张华贵主编：《典型婚姻家庭案件诉讼证据运用》，中国检察出版社2004年版，第252～256页。

错方配偶存在与他人共同居住之行为；（2）证明与有过错方配偶共同居住之第三者为婚外异性；（3）证明这种共同居住之行为持续、稳定地进行。在上述三项事实中，以第二项事实的证明最为容易。毕竟确定与有配偶者共同居住之第三者为男性或女性并不是一件困难的事情。在第一项和第三项事实的证明上，却存在较大困难。不用说证明存在持续、稳定之共同居住行为，即使证明存在共同居住行为也是非常不容易的。因此，当事人在收集证据时，不必刻意地去收集那些直接的证据，如同居双方发生性关系时留下的证据，因为这类证据的收集效果是很差的。当事人必须转换证据收集之方向，例如收集同居双方共同居住之住所附近住户的证人证言。当然，此类证据一般只能证明两人在住所附近经常进出并且动作、神态亲密，但只要当事人收集到足够多的证据，也能构成一个强有力的证据链条，从而确定案件事实之真伪。需要注意的是，由于同居者之居所一般离配偶双方之居所较远，虽然我国《民事诉讼法》第 70 条规定："凡是知道案件真相的单位和个人，都有义务出庭作证……"，但在大家素不相识的情况下，这些知情人往往会出于一种"多一事不如少一事"的心态，推说不知道，更不用说出庭作证了。因此，当事人在收集这类证据时需要注意策略与方法，在不违法的前提下尽可能多的收集证据——无论是证人证言还是其他证据。这类间接证据的好处是，由于它们多为证人证言，作证者多与有过错方配偶或者第三者有较多的交往，所以，此类证人证言往往不局限于只证明有配偶者与第三者有共同居住行为，而且可以证明这类行为持续、稳定。一般地说，只要当事人有效地收集了这些证据，人民法院一般都能认定同居关系存在。至于损害赔偿数额的证明，精神损害赔偿的数额一般由法官酌情定夺，当事人只要举证证明相应的物质损失即可。

《若干解释》第 29 条第 1 款规定："承担婚姻法第四十六条规定的损害赔偿责任的主体，为离婚诉讼当事人中无过错方的配偶。"在离婚损害赔偿诉讼中，被告方一般不用承担证明责任，但该方当事人仍有收集证据辩驳对方主张的必要。在收集证据的过程中，应当

注意针对对方当事人提出的主张和相关事实进行举证，主要是同居之事实和损害赔偿数额的确定。由于同居事实的证明较为困难，被告方当事人在该事实上可以大做文章。一方面，由于同居关系的证明较为困难，而且原告方当事人所收集的证据多为间接证据、传来证据，证明效力大打折扣，只要没有当事人的自认，该事实通常很难认定；另一方面，对于否定同居事实的证据的收集，被告方可以从以下两个方面着手：(1) 证明自己与第三者不认识或者交往甚浅；(2) 证明两人仅仅是朋友或者工作关系。被告方可以收集两人的品格证据、行踪证据等，或者证明第三者另有所爱而且关系稳固。通过从这些方面举证，一般可以让法官形成两人不可能有不正当关系的内心确信，更不用说成立同居关系了。被告方的举证策略应当是以静制动，针对对方当事人的主张和举证的薄弱环节进行反驳。

在本案中，梁某向人民法院提交了下述证据：梁某本人关于事情经过的陈述；婚生子周某某关于其亲眼目睹父亲周某与孙某出入某住宅小区的证言；周某与孙某的拥抱合影照片；邻居出具的关于听到周某与梁某夫妻二人争吵，周某宣称自己与孙某的事情梁某管不着的证言；梁某受伤后到某医院治疗的病历以及医疗费单据；被损坏的家庭财产的购物发票。其中，梁某关于事情经过的陈述证明力较弱，不足以证明其主张的事实。周某某关于其亲眼目睹父亲周某与孙某出入某住宅小区的证言和周某与孙某的拥抱合影照片只能说明两人关系较为密切，尚不足以证明周某与孙某有持续、稳定的共同居住行为。梁某向法庭提交的邻居关于听到周某与梁某夫妻二人争吵，周某宣称自己与孙某的事情梁某管不着的证言，虽然是以听闻的方式获知周某与孙某存在不正当男女关系，但由于该证据可以与上述证据相互印证，形成完整的证据链条，因此，这几项证据的结合足以让法官形成周某与孙某存在同居关系的内心确信。在这个问题上，梁某的举证是比较成功的。梁某向法庭提交的自己受伤后到某医院关于治疗的病历以及医疗费单据，虽然证明了自己受伤的事实，但需要注意的是，是谁导致了该损害的发生呢？梁某对此没有举出相关的证据。因此，梁某只证明了损害结果，而没有证明

该损害结果与周某行为之间的关系，除非有当事人的自认，否则，法官有可能对其主张的事实不予认定。梁某提交的被损坏的家庭财产的购物发票有助于确定损害赔偿的数额，支持其诉讼请求。总的来说，梁某的举证是成功的，但其漏掉了一个很有力的证据，即周某与孙某生育的孩子。如果梁某向人民法院申请亲子鉴定，则周某与孙某同居的事实就可以得到确定无疑的证明了。

在本案中，周某提交了本人关于事情经过的陈述；所在单位同事关于周某人品端正，与孙某确系工作关系的证言；产权人为孙某的某小区住宅一套的房产证；周某与孙某签订的房屋租赁协议。周某本人的陈述与梁某的陈述一样，证明力较弱。同事关于周某人品及周某与孙某关系的证言，主要属于品格证据，但由于证人与当事人之间存在一定的利害关系，该证言的真实性受到了动摇。周某提交的房屋产权证书和周某与孙某签订的房屋租赁协议，旨在证明两人属于房东与房客的关系，以反驳梁某提交的其子关于目睹父亲周某与孙某出入某住宅小区的证言。周某的举证策略是正确的，即以静制动，针对梁某主张的事实和提供的证据举证反驳，从品格证据入手，证明自己与孙某不存在不正当男女关系，但在具体的操作上存在缺陷。相对于梁某举出的证据，周某的证据的证明力显然要弱得多，不足以反驳梁某的证据。综合当事人双方的举证情况，本案可以认定周某与他人同居的事实成立，支持梁某关于离婚损害赔偿的诉讼请求。

12. 在离婚案件中，如何证明己方更适合抚养孩子？[①]

【案情】

原告江某（女）与被告吴某于2000年结婚，婚后育有一子。2008年1月以双方感情不和诉至法院要求离婚。诉讼中，原告提出被告经常出差在外，平时根本无暇照顾孩子，因此除请求依法分割

---

① 朱建新主编：《民事取证方略—来自审判实践中的方法总结》，江苏人民出版社2006年版，第262~264页。

共同财产外，要求孩子亦由自己抚养，被告则提出儿子由其抚养更为合适，理由是其生活条件较原告优越。

庭审中，原告向法院申请其父母到庭作证，并提交了其单位出具的月收入的详细证明及被告单位出具的证明，原告的父母证实，由于被告并非本地人，且经常出差，因此原、被告所生之子长期与其共同生活，感情较为浓厚。原告提交了每月实际收入的详细证明，证明其月收入近3500元。被告单位也出具了证明，证实被告在该单位从事业务员工作，需要经常出差，同时证明被告月收入为5000元。

【要点】

本案所反映的是在离婚案件中，如何证明己方更适合抚养孩子的问题。

【评析】

在离婚诉讼中，通常情况下当一方要求子女随己生活时，总是不遗余力地证明自己具有优越的经济条件，而忽略了未成年子女的健康成长仍需要精神上的抚慰。事实上在此类案件中，要求子女随己生活的一方，不仅要证明自己具有抚养子女的物质基础，还要证明自己具备对方所不具有的抚养子女的精神基础，尤其是在双方抚养子女的条件基本相同时。

本案中，原告就考虑到了子女精神方面的因素，向法院申请其父母到庭作证，又因父母是其直系亲属，为增加其证词的证明力，原告向被告单位调取了证明，从而从另一个角度印证其父母的证词，增加了证词的证明力。同时，原告父母到庭作证，也会给法官一个最直观的感觉，即原告父母的言行举止以及身体健康状况，让法官一目了然，其父母是否有能力照顾外孙，从而达到促使法官增强将孩子判决归原告抚养的内心确信的目的。

同时，通过原告提供的三份证据和被告单位的证明可以证实原告所述被告经常出差的事实，由此也可以基本印证原告父母的证词，

而原告的收入证明其完全具有抚养儿子的经济条件。而被告仅凭一份收入证明只能证明其经济收入略高于原告，但不足以证明其具有较原告优越的抚养条件。根据最高人民法院《关于审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》第4条的规定："父方与母方抚养子女的条件基本相同，双方均要求子女与其共同生活，但子女单独随祖父母或外祖父母共同生活多年，且祖父母或外祖父母要求并且有能力帮助照顾孙子或外孙子女的，可作为子女随父或随母生活的优先条件予以考虑。"因此由原告抚养孩子更为合适，更宜于孩子的健康成长。

13. 在因受虐待而请求离婚的案件中，当事人应当如何举证？

【案情】

2003年8月，一位神情憔悴的妇女来到了当地人民法院的派出法庭。这名妇女名叫余某（女，31岁），她向接待她的法官叙述了事情的经过。1995年，余某经人介绍与当地农民谭某结婚。由于两人婚前没有感情基础，夫妻关系一般。1997年，余某生育了一个女儿，取名谭某某。谭某由于受"传宗接代"封建思想的影响，对余某十分不满。此后，谭某经常借故辱骂和殴打余某，余某被他打得遍体鳞伤，还要起早贪黑地干活，做家务，身心都受到了极大的摧残。余某不堪折磨，多次向谭某提出离婚，谭某威胁余某，如果要离婚，就杀她全家。2003年5月的一天，谭某在外面喝醉后回家，将已经入睡的余某从床上拖起来，拳打脚踢，还逼迫余某在地上跪了一整夜。余某再也无法忍受下去，所以来到了法庭，起诉离婚。余某向法庭提交了有关机构于2003年6月作出证明其被打成轻伤的鉴定结论、反映身上多处伤痕的照片、女儿以及邻居和亲友关于谭某长期虐待余某的证人证言。谭某答辩称，自己与余某结婚后感情一直比较融洽，虽然也有争吵和打骂的情况，但在夫妻共同生活的过程中在所难免，不构成虐待，自己不同意离婚。针对余某提交的

证据，谭某认为：鉴定结论虽然说明余某受伤，但不能认定就是自己所为；余某提供的照片反映的未必就是余某本人的伤情，有可能是余某为达到离婚目的而故意制作的假证据；女儿只有7岁，缺乏认识和判断能力，其提供的证言是受人指使所为；亲友和邻居的证言因与当事人之间存在利害关系，缺乏可信度，不能证明余某主张的事实。谭某本人未提交任何证据。

【要点】

本案所反映的是在因受虐待而请求离婚的案件中，当事人应当如何举证的问题。

【评析】

我国《婚姻法》第3条第2款规定："禁止家庭成员间的虐待和遗弃。"第32条第3款第2项规定："有下列情形之一，调解无效的，应准予离婚：……（二）实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的；"这里的所谓虐待，是指以作为或不作为的方式，对家庭成员歧视、折磨、摧残，使其精神上和肉体上遭受损害的行为。其表现形式有经常性的打骂、冻饿、禁闭、强迫过度劳动或者限制自由、凌辱人格等。虐待不同于家庭暴力，家庭暴力以作为的形式出现，经常性的家庭暴力构成虐待。所谓遗弃，是指家庭成员中负有赡养、抚养、扶养义务的一方，对需要赡养、抚养、扶养的另一方，不履行其法定义务的行为。遗弃可能发生于共同亲属身份的家庭成员之间。家庭成员之间的抚养、扶养、赡养义务，不仅是道德的要求，也是法律的义务，法律严格禁止家庭成员之间的遗弃。按照我国《婚姻法》的规定，"虐待、遗弃家庭成员"构成认定夫妻感情确已破裂，判决准予离婚的法定事由。在这种情况下，人民法院经调解无效，应当准予离婚。同时，虐待、遗弃家庭成员导致离婚的，无过错方有权要求损害赔偿。虐待、遗弃家庭成员的行为严重违背了道德要求，破坏了家庭稳定，为法律所禁止。

在证据运用上，这类纠纷具有以下特点：（1）举证困难。不同

于一般的侵权纠纷和合同纠纷，发生于家庭内部的虐待、遗弃行为不容易留下书证、物证等证明力较强的第一手材料，家庭成员的行为能否定性为虐待、遗弃比较难以把握。（2）证人证言的使用频率较高。证人包括邻居、亲戚、朋友，这些证人一般目睹了诸如打骂、冻饿、有病不予治疗、不予合理的饮食等行为，充分利用证人证言，有利于支持自己的主张。（3）伤害鉴定的运用较多。暴力行为有时会留下痕迹，无过错方所受的伤害是最有力的证据。由于鉴定具有权威性、公正性，鉴定结论作为一种证据具有很强的证明力，往往可以起到举足轻重的作用。（4）经常使用推定。很多时候，没有直接证据可以证明案件事实，需要法官根据法律规定和日常生活经验，由已知事实推定出未知事实，以弥补证据不足的缺陷，实现公平、公正。这些证据运用方面的特征，决定了当事人应当根据案件特点正确运用证据规则。

对于当事人来讲，在证据运用方面，应当注意以下几点：（1）尽可能地利用证人证言，证人可以包括关系亲近的和较为疏远的，同时注重当事人陈述的运用，以加强法官的心证；（2）如果造成伤害，应当及时申请进行鉴定，也可自行委托鉴定；（3）尽可能寻找书证（如医疗单据）、物证、视听资料，增强证据的证明力；（4）在不侵害其他人合法权益、不违背法律的禁止性规定的情况下，可以适当地利用录音、录像证据支持自己的主张。

本案是一起因虐待而提起的离婚诉讼。按照“谁主张谁举证”的原则，原告方应当承担举证责任。虐待行为的特点是残酷性和经常性，偶尔的争执和一时的殴打不构成虐待。因此，原告方应当举证证明：（1）被告对原告进行过折磨、摧残行为；（2）该行为给原告的精神上和肉体上造成了伤害；（3）该行为是长期的、持续的。由于虐待行为的特殊性，决定了此类案件举证的特殊性。虐待行为不同于其他民事侵权行为，一般不存在书证、物证极具真实性、可靠性、证明力较高的证据。证据多以证人证言、当事人陈述的形式出现，而且，此类行为是家庭内部行为，有时又不存在证人。在这种情况下，伤害鉴定的作用是十分重要的。当事人要特别注意充分

运用证人证言和伤害鉴定这两类证据。

首先，看证人证言。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》）对证人的资格、作证原则、表达方式作出了全面的规定。按照规定，凡是了解案件事实、具有辨别能力和正确表达意志能力的人，都可以作为证人。无民事行为能力人和限制民事行为能力人，只要待证事实与其年龄、智力状况或者精神健康状况相适应，也可以作为证人。当证人是未成年人时，法官的任务不是从年龄角度将其证人资格排除，而是要审查未成年人证人的证言与其年龄和智力发展水平是否相符合。同时，《证据规定》第77条第5项规定："……（五）证人提供的对与其有亲属或者其他密切关系的当事人有利的证言，其证明力一般小于其他证人证言。"这是因为证人对事物的认识能力、证人的立场、观点、方法都对证言的真实性、客观性发生影响。与当事人有亲属关系或其他密切关系的证人往往会因为上述关系作出有利于当事人但不符合实际的证言。

其次，看鉴定结论的问题。鉴定结论，是指鉴定人运用自己的专门技术知识、技能、工艺以及各种科学仪器、设备等，根据法庭的指派或者聘请以及当事人的委托，对在诉讼中出现的某些专门性问题进行分析、鉴别后提供的结论性意见。鉴定结论的基本特征在于：作为专家的鉴定人不仅要阐明根据鉴定材料所观察、认识到的事实，还应在分析、研究、判断这些材料的基础上提出符合科学的见解。鉴定人的鉴定结论应当是依据客观事实作出的具有科学性的专业或技术性结论，而不是就法律问题作出相关的结论。由于鉴定结论的上述特征，《证据规定》第77条第2项规定：鉴定结论的证明力大于一般的书证、视听资料、证人证言。在因虐待而起诉离婚的案件中，由于其他证据难以搜集和质证，充分利用鉴定结论，往往有助于增强举证方的胜诉把握。作为受虐待方，伤害鉴定结论是一种强有力的证据形式。当事人可以申请法院鉴定，也可以自行委托有关部门进行鉴定。鉴定中要注意鉴定人的鉴定资格，鉴定的程序和方法要符合法律规定。反驳证据应当围绕鉴定资格、鉴定程序、

鉴定依据的真实性、合法性、科学性、公正性来证明。

关于鉴定的问题，《证据规定》第 25 条规定：“当事人申请鉴定，应当在举证期限内提出。符合本规定第二十七条规定的情形，当事人申请重新鉴定的除外。对需要鉴定的事项负有举证责任的当事人，在人民法院指定的期限内无正当理由不提出鉴定申请或者不预交鉴定费用或者拒不提供相关材料，致使对案件争议的事实无法通过鉴定结论予以认定的，应当对该事实承担举证不能的法律后果。”第 26 条规定：“当事人申请鉴定经人民法院同意后，由双方当事人协商确定有鉴定资格的鉴定机构、鉴定人员，协商不成的，由人民法院指定。”第 27 条规定：“当事人对人民法院委托的鉴定部门作出的鉴定结论有异议申请重新鉴定，提出证据证明存在下列情形之一的，人民法院应予准许：（一）鉴定机构或者鉴定人员不具备相关的鉴定资格的；（二）鉴定程序严重违法的；（三）鉴定结论明显依据不足的；（四）经过质证认定不能作为证据使用的其他情形。对有缺陷的鉴定结论，可以通过补充鉴定、重新质证或者补充质证等方法解决的，不予重新鉴定。”第 28 条规定：“一方当事人自行委托有关部门作出的鉴定结论，另一方当事人有证据足以反驳并申请重新鉴定的，人民法院应予准许。”这些规定是当事人在运用鉴定结论来证明自己主张的事实的过程中需要予以注意的。

在本案中，余某向法庭提交了有关机构于 2003 年 6 月作出证明其被打成轻伤的鉴定结论、反映身上多处伤痕的照片、女儿以及邻居和亲友关于谭某长期虐待余某的证人证言。其举证的成功之处在于：（1）自行委托有关部门进行鉴定并取得了有证明力的鉴定结论，为其主张的事实提供了强有力的支持；（2）证人证言提供得比较充分。其女儿虽然是无民事行为能力人，但由于其与父母共同生活，对父母之间的关系和虐待行为能够作出正确的认识与判断，其提供的证言与她的年龄、智力状况是相符合的，可以作为证据使用。虽然余某的女儿和亲友的证言由于证人与当事人之间存在利害关系，证明力受到削弱，但与邻居提供的证言相互印证，对认定案件事实是有重要作用的；（3）余某本人关于事情经过的陈述对认定案件事

实也是证据之一。根据法律规定，当事人的陈述是一种法定的证据形式，其以文字或者其他形式记载，经过对方当事人质证，具有证据效力。假如对方当事人认可，人民法院就可以据此认定案件事实；（4）此外，余某还提供了关于自己伤情的照片作为证据。虽然没有证据证实这些照片反映的确系余某本人的伤情，但该证据与其他证据相互印证，对于证明案件事实是有作用的。

在本案中，被告谭某面对余某提供的上述证据，没有提供任何证据加以反驳，只是在质证过程中对上述证据加以否认。谭某主张鉴定结论只能说明余某受伤，但不能认定就是自己所为。其质证有一定的道理，余某确实没有提供证明鉴定结论确认的伤情与谭某行为之间因果关系的证据，但由于该鉴定结论与其他证据相互印证，形成了完整的证据锁链，所以，谭某仅仅凭空地予以否认，而没有提出足以反驳的证据，其质证显然是缺乏说服力的，不能为法官所采信。谭某还提出，女儿只有7岁，缺乏认识和判断能力，其提供的证言是受人指使所为。根据前述分析，年龄并不影响证人证言的证据效力，只要该证言与证人的年龄和智力状况相符合。谭某提出的余某提供的照片反映的未必就是余某本人的伤情，有可能是余某为达到离婚目的而故意制作的假证据以及亲友和邻居的证言因与当事人之间存在利害关系，缺乏可信度等质证意见，虽然都有一定道理，但均因余某举出的证据比较充分，形成了证据链条，使谭某的质证意见不能动摇法官对上述证据证明的案件事实的确信。究其根本原因，还是谭某未能提出有效的证据，反驳余某的主张和举证，导致其质证缺乏说服力。因此，本案可以认定余某主张的事实成立，法院应支持其诉讼请求。

14. 在因分居满两年请求离婚的案件中，当事人应当如何举证？

【案情】

杨某（男，某工厂职工）与姜某（女，某商场营业员）于2000年结婚。结婚后，由于性格的原因，两人经常吵架。2001年5月，

杨某与姜某为小事再度发生矛盾，杨某情绪激动，动手打了姜某。为此，姜某搬回娘家居住并于2003年7月向人民法院提起诉讼，其与杨某分居满两年，夫妻感情确已破裂，请求人民法院判决准予离婚。姜某向法庭提交了邻居和亲友关于两人在婚后经常发生矛盾并争吵的证言；父母和周围邻居关于姜某于2001年5月即搬回娘家居住，此后一直未搬回杨某家的证言；某医院出具的杨某的父亲于2002年10月间患病入院治疗的证明；父母关于姜某曾于2002年10月间到杨某家探望公公并于当天返回的证言。杨某答辩称：自己与姜某有婚姻基础，婚后感情也比较好，后因生活琐事发生矛盾，但远未达到夫妻感情破裂的地步。姜某搬回娘家居住后，自己曾多次前去接其回家，虽然姜某未应允，但说明夫妻之间还是有感情的。2002年10月间，姜某曾回家并于当晚住在家里，两人分居并未满两年，所以不能认为夫妻感情已经破裂，不同意离婚。杨某向法庭提交了亲友和同事关于两人恋爱和结婚经过的证言；杨某的父母关于姜某曾于2002年10月间回家的证言。针对杨某提供的证据，在质证过程中，姜某提出：自己虽然与杨某有一定的婚姻基础，但由于性格不合，婚后矛盾重重，婚姻的感情基础已经不存在。自己虽然于2002年10月间回过杨某家，但是为探望杨某生病的父亲，是人之常情，与夫妻之间感情是否恢复无关。而且自己于当天即返回父母家，不能改变两人分居满两年的事实。

【要点】

本案所反映的是在因分居满两年而提起的离婚诉讼中，当事人如何举证的问题。

【评析】

根据民事诉讼“谁主张，谁举证”的举证责任分配原则，在离婚诉讼中，作为原告方应当对离婚的法定事由，即夫妻感情确已破裂承担举证责任。在因分居满两年而提起的离婚诉讼中，原告应当对夫妻双方分居满两年的事实举证证明，因为该事实是《婚姻法》

规定的认定夫妻感情确已破裂的标准之一。作为被告一方，则应当针对原告方主张的事实和提供的证据提供反证予以反驳。因此，在本案的诉讼过程中，姜某的证明思路应当是向法庭提交充分确凿的证据，证明：（1）夫妻二人因感情不和而分居的事实。夫妻之间分居可能有多种原因，例如工作原因、学习原因等。按照我国《婚姻法》的规定，作为离婚之法定事由的分居必须是因为感情不合而引起的。因此，举证证明两人分居的原因是姜某在本案中举证的重点所在。（2）因感情不和分居已经满两年。我国现行法律并未对分居满两年是否应当为连续分居作出明确规定。按照通常的理解和司法实践中的惯例，构成离婚法定事由的分居满两年，应当是连续分居。在分居期间如果有间断，不构成分居满两年。杨某在提供证据反驳姜某主张的事实时，重点也应该放在夫妻双方分居不是因感情不和而发生以及分居时间未满两年。姜某向法庭提交了邻居和亲友关于两人在婚后经常发生矛盾并争吵的证言，证明两人平时感情不和，矛盾重重；父母和周围邻居关于姜某于 2001 年 5 月即搬回娘家居住，此后一直未搬回杨某家的证言，证明两人分居已经满两年；某医院出具的杨某的父亲于 2002 年 10 月间患病入院治疗的证明，证明其于 2002 年 10 月间回杨某家确系事出有因，与两人感情无关；父母关于姜某曾于 2002 年 10 月间到杨某家探望公公并于当天返回的证言，证明两人分居时间并未因自己回杨某家而间断。从姜某的举证情况来看，其证明思路是正确的，所举的证据是比较充分的，充分证明了其所主张的事实：因夫妻感情不和分居满两年。虽然姜某所提供的证据都是亲友、邻居的证人证言，由于当事人之间存在一定的利害关系，证明力较低，但由于各种证据之间相互印证，形成了完整的证据锁链，是能够证明其主张的事实的。

反过来看杨某的举证情况。在本案中，杨某向法庭提交了亲友和同事关于两人恋爱和结婚经过的证言，证明两人有婚姻基础；杨某的父母关于姜某曾于 2002 年 10 月间回家的证言，证明两人分居时间未满两年，夫妻感情未达到确已破裂的地步。从这些证据和其证明目的可以看出，杨某的举证思路是有问题的。首先，杨某提交

的关于两人恋爱和结婚经过的证言对于证明本案的争议事实没有意义。本案是以夫妻感情不和分居满两年为理由而提起的离婚诉讼，作为被告，杨某所需要证明的对象是分居而不是因为感情不和而发生分居且未满两年。两人恋爱和结婚的经过与所需要证明的事实之间缺乏关联性，即便两人婚姻基础较好，对因感情不和分居满两年这一事实也不发生影响。只要这一事实成立，人民法院在经调解无效的情况下，也会判决准予离婚。其次，姜某举证证明其在2002年10月间回家是为了探望杨某生病的父亲，并且在当天即回到父母家，所以分居的时间不存在间断。杨某对此提出了反证。但从证明力上看，杨某提交的证据显然不足以推翻姜某主张的事实。结合医院出具的证明和姜某父母的证言以及两人长期分居的事实，法官会合理地相信姜某回家事出有因，与两人的感情好转无关。杨某主张姜某当晚即住在自己家，以证明两人分居时间中断、不满两年的证明思路也是有问题的。分居的意义在于夫妻之间不尽夫妻义务，而不是指夫妻双方是否还住在一起。即便姜某当晚是住在杨某家，也不能说明两人尽了夫妻义务，感情有所好转。杨某以此来否定分居时间的连续性，是缺乏说服力的。综合当事人双方的举证情况来看，姜某主张的事实，即其与杨某因夫妻感情不和分居满两年，应当予以认定，支持其离婚的诉讼请求。

15. 在赡养纠纷中，如何证明子女未尽赡养义务？

【案情】

原告陈某与其妻王某（2006年去世）共育有四子女，即长子陈某兴、次子陈某旺、女儿陈某华与四子陈某荣。原告无固定的工作和经济来源，长期由长子负责衣食住行等生活开支。2007年5月后，因原告与长子产生矛盾，原告被迫迁出另行租房居住。2007年8月，原告诉至法院要求被告（即四子女）依法给付赡养费，并定期看望原告。

庭审中，原告向法院提供了居委会出具的证明，四子女的工资

收入证明，房屋产权证，本人就诊的医疗费病历及发票等证据，以证明自己无生活来源以及四子女均有赡养能力而未尽赡养义务。

【要点】

本案所反映的是在赡养纠纷中，如何证明子女未尽赡养义务的问题。

【评析】

我国《婚姻法》规定，子女不履行赡养义务时，无劳动能力的或生活困难的父母，有要求子女付给赡养费的权利。但是随着人们生活水平的不断提高，很多老年人在经济上并不困难，他们已经不再满足于儿女在物质上对自己的供养，更多的是要求生活上的扶助和精神上的满足，即除了经济上的供养外，还包括在生活上的照料、精神上的抚慰以及特殊需要的照顾。当子女履行义务时，上述四项内容应当全部包括在内。因此很多赡养纠纷的诉争内容已发生若干变化，如有物质上的赡养纠纷和生活上的扶助纠纷、法定赡养义务纠纷和道义赡养义务纠纷等。但是，从个案来说，仍然应当具体问题具体分析：（1）在确定赡养费数额时，既要考虑父母的实际需要，也要考虑子女的经济能力，以免给执行带来困难，且标准一般不低于当地的生活水平。（2）应兼顾需要和可能。当父母只需要子女给予生活上的照料和精神上的抚慰时，子女便不能以给付赡养费为由拒绝履行义务，而应给予父母情感、心灵的抚慰。当父母只需要子女给予经济上的抚养和特殊需要的照顾时，子女应尽自己的最大努力提供物质帮助。（3）赡养义务的履行不以父母是否参加劳动为条件。当父母无劳动能力或欠缺劳动能力或生活困难时，子女均应承担赡养义务。（4）赡养义务的履行不以父母是否再婚为前提。当父母再婚时，子女不得以此为理由拒绝履行赡养义务。因为以拒绝履行赡养阻碍父母再婚的行为，是干涉老年人婚姻自由的行为。

除婚生女子应对其父母履行赡养义务外，非婚生子女、继子女、养子女甚至人工生育的子女均应对其父母尽赡养义务，因为赡养义

务是法定亲属间相互抚养的法律责任。

对于赡养纠纷而言，一般情况下，若原告能够提供居委会的证明或周围邻居的证言，证实老人生活困难、子女较少看望并照料老人的生活起居等情况，原告的举证责任就可以视为完成。因为赡养行为的体现，除给付赡养费以外，几乎都是抽象的、非物质性的，如果要求原告证明被告不尽赡养义务的具体行为或表现，显属不妥。而且对是否尽到赡养义务，被告是更有可能进行举证的。

16. 在养父母诉养子女解除收养关系的案件中，当事人应当如何举证？

【案情】

尹某与朱某于1970年结婚。婚后一直没有子女。1981年，夫妇二人收养了一个男孩，取名尹某某。两个人都非常疼爱这个孩子，在他身上投入了全部的心血和精力。看着尹某某一天天长大，夫妇二人心中有说不出的喜悦。2001年，尹某因病去世，只剩下朱某和养子相依为命。但她万万没有想到的是，一手抚养成人的养子最终会和自己闹到势不两立的地步，迫使自己最终走上法庭，要求解除与尹某某的收养关系。2004年10月，朱某到当地人民法院提起诉讼，要求与尹某某解除养母子关系。朱某向法庭陈述了事情经过：2001年尹某去世后，朱某准备再婚，遭到尹某某的坚决反对。在朱某与他人交往的过程中，尹某某百般阻挠，导致母子关系恶化。为此，两人三天一小吵，五天一大吵。2003年初，朱某因病住院，在长达两个月的时间里，尹某某仅去医院探望过自己两次，在探望期间还因朱某再婚一事和自己发生过激烈争吵，住院期间的医疗费用自己支付了绝大部分，已经参加工作的尹某某仅支付了极少部分。2003年6月，自己曾向人民法院起诉要求解除收养关系，经人民法院调解后撤诉，此后，双方关系非但没有好转，却继续恶化。现在，母子关系已经没有和好可能，双方共同生活无法继续，所以要求解除与尹某某的养母子关系，尹某某搬出自己所有的住房。除自己的

陈述外，朱某还向法庭提交了下述证据：邻居的证言，证明3年来两人经常为朱某再婚一事发生争吵；与朱某交往的齐某的证言，证明在自己与朱某交往的过程中，尹某某不让自己与朱某见面，发现两人见面后，多次大吵大闹，侮辱自己和朱某，致使两人无法正常交往；证明自己住院期间医院的探视记录；医院护士关于朱某住院期间，尹某某前去探视并和朱某发生激烈争吵的证言；医院的缴费收据，证明大部分医疗费用为自己支付；2004年12月人民法院准予撤诉的裁定书；户主为自己的房产证。尹某某答辩称：自己与朱某共同生活20多年，感情一直比较好，后虽因再婚一事与朱某发生矛盾，但远未达到无法共同生活，必须解除母子关系的地步。因此，不同意解除收养关系和搬出现住房。除自己的陈述外，尹某某向法庭提交了下述证据：所在单位出具的证明，说明在朱某住院期间自己工作较忙，时常加班，所以未能经常到医院探望朱某；医院的缴费收据，证明自己支付了朱某的部分医疗费用；自己与朱某的工资收入证明，说明朱某有退休工资，有能力支付医疗费用，自己收入较低，替其支付部分医疗费用，已经尽到了赡养义务。

【要点】

本案所反映的是在养父母诉养子女解除收养关系的案件中，当事人应当如何举证的问题。

【评析】

养父母与养子女之间是一种拟制血亲关系。所谓拟制血亲关系，是指基于特定的民事法律行为而在本不具有血缘联系的人之间形成的等同于自然血亲关系的一种亲属关系，具体包括养父母子女关系和有抚养关系的继父母子女关系两种。解除拟制血亲关系纠纷，即是指收养人与送养人或成年的被收养人之间，形成抚养关系的继父母子女之间就是否解除业已成立的养父母子女关系或继父母子女关系，无法达成一致意见而引发的纠纷。这类纠纷的及时正确解决，关系到未成年人和老年人这两类社会弱势群体合法权益的有效保障，

又有利于维护家庭关系和社会关系的稳定。在实践中，依据纠纷所涉及内容和解除条件的不同，解除拟制血亲关系纠纷可分为以下几种类型：（1）因当事人就解除协议是否合法有效而引起的纠纷。在这类纠纷中，要求人民法院确认解除协议合法有效的一方为原告，协议的相对方为被告。（2）因送养人认为存在收养人不履行抚养未成年被收养人义务的行为，单方要求解除收养关系而收养人不同意而引发的纠纷。这类纠纷中，送养人一方为原告，收养人为被告。（3）因收养人认为存在送养人故意隐瞒真实情况，导致收养人无法继续维持收养关系的行为，单方要求解除收养协议而送养人不同意引发的纠纷。这类纠纷中，收养人一方为原告，送养人为被告。（4）因收养人与成年被收养人之间，或者形成抚养关系的继父母子女之间，其中一方认为双方关系恶化，无法继续共同生活，单方要求解除收养或抚养关系而另一方不同意而引发的纠纷。这类纠纷中，要求解除的一方为原告，另一方为被告。就解除拟制血亲关系的条件来说，除非基于当事人双方的协商一致，一般要求存在某种或某些特定事由。依据《收养法》的有关规定，这种事由主要是指“收养人不履行抚养义务，有虐待、遗弃等侵害未成年养子女合法权益的行为”或“双方关系恶化，无法继续共同生活”。因此，在解除拟制血亲关系纠纷引起的诉讼中，根据“谁主张，谁举证”的民事诉讼举证原则，要求解除拟制血亲关系的当事人必须提供足够的证据证明该事由的存在。就该类诉讼中的证据运用而言，主要有以下几个方面的特点：

第一，证据种类主要表现为当事人陈述、证人证言、鉴定结论等形式。拟制血亲关系的当事人长期共同生活的事实决定了在发生纠纷时，双方都疏于收集、固定证明纠纷发生的证据。由于双方当事人是纠纷的亲历者，对于是否发生“养（继）父母或成年养（继）子女虐待、遗弃未成年被收养人或养（继）父母”或其他导致“双方关系恶化，无法继续共同生活”的事实，当事人自己最清楚。鉴于当事人陈述所固有的实与虚同在、真与伪并存的特点，法官一般会对其证明力的认定采取谨慎的态度。但是，只要存在对方

当事人的自认或证人证言、鉴定结论等证据形式与其相互印证，其证据效力就会被肯定。实践中，考虑到解除拟制血亲关系诉讼中证据运用的特殊性，法官一般会在当事人陈述的证据效力的认定问题上以更宽容的态度使用司法认知及推定等事实认定手段。事实上，在这类案件中，当事人陈述往往会发挥极为重要的证据作用。就证人证言来讲，除了当事人自己外，当事人之间纠纷发生的全过程最易于为当事人的邻居、亲戚朋友及同事等人所察觉和见证。缘此，这些人的证言就成了固定纠纷发生事实的重要证据形式。实践中，在认定拟制血亲关系当事人一方虐待或遗弃另一方的事实时，法官大量地依赖于各种证人证言。鉴定结论主要是指有关部门就当事人精神疾病或伤势情况所出具的权威意见。当拟制血亲关系一方当事人侵害另一方身体造成伤害时，另一方可以以此作为证明对方侵害行为的证据。除此之外，当事人双方因解除协议发生纠纷时，双方签订的解除拟制血亲关系协议就成为诉讼过程中应用的重要证据形式。

第二，该类诉讼中的待证事实具有综合性和复杂性。如前所述，当事人双方解除拟制血亲关系的条件主要包括“双方关系恶化，无法继续共同生活”及“收养人（继父母）不履行抚养义务，有虐待、遗弃等侵害未成年养子女（继子女）合法权益的行为”两类。为达到胜诉的目的，原告一方必须对该事实负举证责任，而被告则会运用反证对其进行反驳。就前一种事由来说，依据立法的文义解释，应理解为包括各种侵权行为在内，而且，这些侵权行为通常要求达到一定的严重程度。但具体达到何种严重程度，其判断得完全依赖于法官的自由裁量权。因为，某种或某些侵权行为是否严重到导致“双方关系恶化，无法继续共同生活”，进而必须解除现有的拟制血亲关系的地步，实际上并不存在明确的判断标准。解除收养关系的事由不仅仅限于收养人的虐待、遗弃行为，其他侵权行为只要达到与虐待、遗弃相等同的程度，也可以构成解除的依据。等同的标准，自然还得依赖法官的自由裁量来判定。所以，为完成其举证责任，原告必须多方收集各类证据，以充分证明被告可能存在的所

有侵权行为。被告也必须做好充足的防御准备，以便于针对原告的主张进行有力的反驳与抗辩。

第三，就解除拟制血亲关系纠纷诉讼来说，一般情况下，原告必须证明被告对其侵权行为存在故意或重大过失，因为一般过失通常不足以导致该侵权行为严重到必须解除拟制血亲关系的地步。被告如果能够证明原告也存在过失的话，虽然不一定能否定侵权行为的成立，但至少可以减轻该侵权行为的严重程度，所以，对于过错提供证据予以证明，是原、被告均应予以注意的事项。

第四，基于立法在不同阶段对拟制血亲关系当事人的保护程度的差别，法官对是否解除该关系所持的态度也不相同。在送养人要求解除拟制血亲关系的案件中，立法侧重保护未成年的被收养人的合法权益，一切从有利于未成年人的健康成长出发，而且年满 10 周岁的被收养人的意见在法官的裁判结论的形成过程中起着重要参考作用。在解除养（继）父母与成年养（继）子女之间的拟制血亲关系案中，为了贯彻保护老年人合法权益的立法政策，如果原告一方是养（继）父母，法官一般会着重考虑双方现时状况与将来的发展趋势。当原告一方为养（继）子女，法官通常要综合考虑双方以往的感情基础、现时的关系状况和将来的发展趋势。

本案是一起养父母单方要求解除与成年养子女的收养关系，养子女不同意而引起的纠纷。按照我国《收养法》第 27 条的规定，“养父母与成年养子女关系恶化，无法共同生活的，可以协议解除收养关系。不能达成协议的，可以向人民法院起诉。”因此，养父母与成年养子女之间就是否解除收养关系发生纠纷，寻求诉讼途径解决时，要求解除的一方必须证明存在“双方关系恶化，无法继续共同生活”的事由。一般来说，法官在认定“双方关系恶化，无法继续共同生活”是否成立时，通常会考虑双方以往的感情基础、现时的关系状况以及将来的发展趋势这三个方面的因素。即是说，原告一方一般需要就双方的感情基础薄弱、现时关系紧张、将来也无好转的可能这三方面提出事实主张，并就此收集具体的证据加以证明。被告的任务则是，针对原告这三方面的事实主张运用反证进行有力

的反驳。因此，原告要从以下三个方面进行举证：

1. 双方以往感情不和

是否感情不和，往往需要通过某些间接事实来说明，例如当事人双方经常闹矛盾，被告不尊重原告，被告对原告试图改善双方关系的努力采取漠然置之的态度，等等。针对这类间接事实的证明，亲朋好友、邻居同事的证人证言通常是最好的证据形式，而与其相互印证的本人陈述也是原告应该运用的重要证据材料。通过证明这些间接事实，原告可以促使法官依据经验法则判定双方感情不和的事实。一般来说，在养父母一方要求解除与养子女收养关系的诉讼中，法官往往会着重考虑原、被告双方现阶段关系状况及将来的发展趋势，而双方以往的感情基础情况在法官是否认定“双方关系恶化到无法继续共同生活，必须解除该拟制血亲关系的地步”的心证过程中所占的分量相对较轻。即是说，即使原告不能充分证明“双方感情基础薄弱”这一事实，只要其充分证明了双方现阶段关系紧张，将来也无和好可能，法官也很可能据此认定双方关系恶化到无法继续共同生活的地步。当被收养人成年后，在收养人与被收养人之间，立法和司法保护的天平倾向了前者的合法权益，因为此时的收养人已经变成了社会弱势群体的一员，即老年人，其合法权益需要得到特别的保护。虽然如此，原告仍有必要尽可能收集证明这方面事实的证据材料，以增加胜诉的机会。

2. 现时双方关系紧张

这是原告举证证明的重点之一。因为这是法官在判决是否支持原告的诉讼主张时着重考虑的因素之一。实践中，原告一方之所以提出解除双方之间的收养关系的诉讼请求，直接原因是被告的过错造成了当事人双方现阶段的关系紧张，使原告无法继续与之共同生活下去。因此，就这一事实主张，原告需要通过证明被告实施了虐待、遗弃原告等侵犯原告合法权益的行为，或其他严重干扰和破坏原告正常生活的行为等间接事实中的一种或多种，即可完成其证明任务。虐待行为包括长期对原告以打骂、冻饿、强迫过度劳动、限制人身自由等方式进行的肉体摧残行为以及以凌辱人格等方式进行

的精神折磨行为。遗弃行为是指拒绝履行对年老患病的原告的赡养义务。其他侵权行为是指以侮辱、诽谤、散布隐私等方式侵犯原告的名誉权，或以侵占、破坏等方式侵犯其财产权，等等。这类侵权行为通常需要达到一定的严重程度，即与虐待、遗弃相等同，方可认定双方关系紧张，但具体应达到何种程度方可等同于虐待或遗弃，得取决于法官的自由判断。其他严重干扰和破坏原告正常生活的行为，是指某些使原告无法正常地工作或者生活的不违法但违背情理道德的行为。如干涉原告的婚姻自由，无事生非挑起家庭争端，等等。原告不仅需要证明被告实施了这类行为，而且要证明其行为具有一贯性、经常性，方可证明其“严重性”。

3. 双方关系已无和好的可能

“双方关系已无和好的可能”原本属于一种消极的事实，依据“主张积极事实的人负举证责任，主张消极事实的人无需举证”的举证责任原则，原告只需在被告提出“双方关系可能好转”的事实主张时，以反证动摇甚至推翻其真实可靠性。如果被告未提出该事实主张，原告可以依赖法官依据经验法则就“双方关系无和好可能”作事实上的推定的职权行为来完成其证明任务，而无须再举证证明。但在实践中，如果是年老的收养人一方要求解除收养关系，法官通常不愿意在此事实上作出推定，尤其是在原告不能举证证明双方的感情基础不好的情况下，法官更会将双方将来可能的关系状况作为判决是否解除收养关系的重要参考因素。因为收养人确立收养关系的初衷在于在年老时获得被收养人的赡养扶助，如果收养人因一时意气用事而不适当地放弃了自己的权利，其合法权益就得不到有效的保障。此时，需要法官本着切实保障老年人合法权益的立法政策，寻求改善双方关系的契机，调解便是其所使用的手段之一。但是，如果原告能够举证证明双方关系不可能好转，例如经过有关组织或人民法院的调解，原告也做过努力的尝试，但仍无效果，或者被告不配合原告的努力，或者不履行调解协议，等等，法官就会放弃调解而直接认定“不可能好转”。

因此，原告的证明思路应该是收集各类书证、证人证言等证据，

重点证明原、被告双方现时关系紧张，将来也无好转可能这两方面的事实，以促使法官形成“双方关系恶化，无法继续共同生活”的内心确信，最终作出支持原告解除收养关系的诉讼主张的判决。当然，如果原告能够证明双方以往的感情一直不好，且过错主要在于被告的话，其获得胜诉的机会更大。

就被告而言，其证明思路应是运用反证动摇甚至推翻原告的各项事实主张，使其处于真伪不明甚至不成立的状态，从而促使法官依据举证责任的分配规则作出有利于被告的判决。具体来说，被告应当从以下几个方面着手准备反证，反驳原告：

第一，就原告提出的“双方以往感情不和”的主张提供反证辩驳，或者直接针对原告提供证据进行抗辩。例如，被告可以通过运用证人证言、本人陈述等证据形式来证明双方感情深厚，直接推翻原告的感情不和的事实主张，或者通过运用证据质疑原告所提供的证人证言的可信度低、证明力弱等手段，间接推翻原告的事实主张。对被告来说，仅仅用反证推翻原告主张的“双方感情不和”，并不能说明双方“感情良好”。如果被告能够提出“双方感情良好”的事实主张并以证据证明，便有可能促使法官形成这样的内心确信：即使现时关系紧张并进一步恶化，仍有可能通过双方的努力得到改善，而不一定非要解除不可。这对被告胜诉的可能是有帮助的。

第二，就原告主张的“双方现时关系紧张”运用证据进行反驳。这是被告必须重点防御的对象之一。针对原告主张的被告虐待或者遗弃原告的事实主张，提出证据证明被告实施打骂、凌辱原告的行为，不具有经常性和一贯性，因而不具有摧残原告肉体或者精神的故意，不构成虐待。被告未能对原告尽赡养义务，是由不可抗力、第三人过错等导致的，被告对此没有过错。当然，此时被告得提供充分的证据证明该不可抗力或第三人过错等免责事由的存在。至于原告提出“被告严重侵害原告的其他合法权益”或“被告严重干扰并破坏原告的正常生活”的事实主张，被告可通过证明被告只有一般过失、原告也具有过错等事实来辩驳其行为未达到严重程度，因而不足以构成解除拟制血亲关系的依据，或者以不可抗力、第三人

过错、原告同意等免责事由来推翻其成立。

第三，提出“双方关系有和好可能”的事实主张并举证证明。因为法官在审理这类案件时，会关心双方关系未来的发展趋势，如果法官觉得有改善的可能，就不会轻易判决解除，这也是为了给作为原告一方的收养人提供切实有效的法律保护。因此，被告有必要收集证据证明被告曾为改善双方关系尝试过努力，且取得了一定的积极效果。即使效果不明显，其过错也不在于或不是主要在于被告。被告必须充分证明这类事实的存在，以使法官确信“双方关系有可能改善”。

在本案中，朱某提出了医院的探视记录、医院护士的证人证言、医院的缴费单据等证据证明在朱某患病住院期间，尹某某非但很少去探望朱某，还在探望期间与病中的朱某发生争吵，而且也未替朱某支付医疗费用，说明双方关系紧张，尹某某未尽到赡养义务。以人民法院准予撤诉的裁定书、与朱某交往的齐某的证言并结合朱某本人的陈述，证明双方关系紧张并且自己曾试图努力改善双方关系，但未能成功，双方关系继续恶化，已经无法继续共同生活。同时，朱某还提供了自己的房屋产权证书，以支持其要求尹某某搬出现住房的主张。

应该说，朱某针对自己的诉讼主张提供了充分的证据。就尹某某而言，其虽然提出了自己与朱某共同生活20多年，感情一直比较好，虽然存在矛盾，但远未达到无法共同生活，必须解除母子关系的地步等主张，并提供了证据证明自己未能尽到赡养义务是由于不可抗力，证明思路是正确的，但从其总的举证情况来看，所举的证据是不充分的。虽然朱某对其提出的双方以往关系一直比较好的主张未予否认，但已经提供充分证据证明双方自尹某去世后，自己准备再婚以来关系紧张，尹某某不但干扰自己的婚姻自由权利，而且未尽到赡养义务，虽经努力改善，但双方关系已无和好可能的事实。针对朱某举证证明的这些事实，尹某某未能提供有力的证据予以反驳。虽然尹某某提供了所在单位出具的证明，说明在朱某住院期间自己工作较忙，时常加班，所以未能经常到医院探望朱某。但加班

工作显然不构成尹某某不到医院探望养母的理由。作为与养母共同生活20多年的养子，在养母生病的情况下不去医院探望，显然违背人之常理。况且，本案中还有证据证明尹某某在探望期间与朱某发生过激烈争吵，足以说明双方关系的紧张程度。针对朱某双方关系已无和好可能的事实主张，尹某某仅通过口头陈述予以反驳，未能提供充分证据。综合当事人双方的举证情况，显然朱某的证据占有较大优势，足以证明其主张的事实成立。在本案的处理上，鉴于被告尹某某非但未尽到对朱某的赡养义务，而且干涉朱某的婚姻自由权利，近3年来双方关系紧张，已无和好可能，应当支持朱某的诉讼请求，判决解除双方的收养关系。由于尹某某有工作和经济收入，在双方的养母子关系解除后，应当责令其搬出朱某所有的住房。

17. 在送养人与收养人因解除收养协议发生的纠纷中，当事人应当如何举证？

【案情】

柴某与王某于1992年结婚。婚后，两人一直无子女，医生诊断为王某没有生育能力。两个人经过再三考虑，决定收养一个孩子。1994年，柴某与王某收养了李某与温某夫妇1周岁的女孩李某某。双方办理了收养协议并到民政局登记。收养后，柴某夫妇为其改名为柴某某。虽然不是自己亲生的孩子，但柴某夫妇非常疼爱柴某某，悉心照顾她的生活和学习。但不幸的是，柴某某上学后不久就出现视力下降并不断恶化，经多方治疗无效，最后确诊为一种先天性眼疾，无法治愈并有失明的可能。柴某夫妇无法接受这样的事实，对柴某某的态度逐渐发生了变化。夫妇二人经常找茬打骂柴某某，放学后，小小年纪的柴某某要做各种家务，学习成绩也一落千丈。由于父母对自己的态度的巨大变化，柴某某不知所措，身心受到了极大的伤害，以前活泼好动的她不见了，出现在大家眼里的是一个内向、孤僻、终日里无精打采的柴某某。2002年11月，李某夫妇听说了柴某某的处境，立即找到柴某夫妇，双方发生了争执。柴某夫妇

认为李某夫妇故意隐瞒柴某的病情，要求解除收养协议并赔偿自己因抚养、教育柴某某和为其治疗眼病而支出的费用。李某夫妇称自己并不知道孩子患有先天性眼病，不同意解除，同时要求柴某夫妇善待孩子。最后，经过协商，双方达成协议：如果柴某夫妇离婚（当时柴某夫妇由于感情不和，正在考虑离婚），收养协议解除，孩子由李某夫妇领回。2003 年 4 月，柴某夫妇办理了离婚手续，并以解除收养协议的条件成就为由，要求李某夫妇领回孩子。但李某夫妇了解到柴某夫妇是假离婚，其目的是为了让解除收养协议的条件成就，在取得离婚证后，两人又很快办理了复婚手续，李某夫妇拒绝领回孩子。

双方为此发生纠纷，柴某夫妇向人民法院提起诉讼，主张李某夫妇在送养孩子时隐瞒了孩子患有先天性眼病的事实，并且不履行双方达成的解除收养关系的协议，现请求人民法院依法判决其履行解除收养关系的义务，将柴某某领回并赔偿自己因抚育和治疗柴某某的眼疾而支出的费用。柴某夫妇向法庭提交了下述证据：双方签订的解除收养关系的协议；两人的离婚证；医院的诊断书；柴某某的学杂费收据和生活费的统计；为柴某某治疗眼病而支出的各种费用的单据。李某夫妇答辩称：一方面，柴某夫妇采取假离婚的手段促使解除收养关系的条件成就；另一方面，自己对柴某某患有先天性眼病的情况并不知情，而且柴某夫妇擅自为孩子改名并有虐待柴某某的事实。柴某夫妇为柴某支出的抚育和医疗费用，是其应当履行的抚养义务。因此，不同意解除收养关系和赔偿柴某夫妇要求的费用。李某夫妇向法庭提交了下述证据：柴某某本人的证词，证明柴某夫妇自知道其患病后，经常打骂自己和迫使自己做家务；李某夫妇的当庭陈述，证明其亲眼看到柴某夫妇打骂柴某某；柴某夫妇邻居的证词，证明柴某夫妇经常打骂柴某某和让孩子做大量家务；医院的鉴定意见，证明柴某某的眼病并非遗传性疾病，发病期也不确定；柴某夫妇邻居的证词，证明柴某夫妇仍然在一起共同生活，感情较好。李某夫妇还向人民法院申请调查柴某夫妇的婚姻情况，经人民法院查实，两人于 2003 年 6 月确已复婚。在庭审中，柴某某

（现年10周岁）明确表示不愿意和养父母继续共同生活，希望回到亲生父母身边。

【要点】

本案所反映的是在送养人与收养人因解除收养协议而发生的纠纷中，当事人应当如何举证的问题。

【评析】

本案的法律关系比较复杂，既有双方当初达成的收养协议，又有双方后来达成的解除收养关系的协议，因此，在举证情况上也要相对复杂一些。

我国《收养法》对被收养人成年以前解除收养协议的条件作出了严格的限制。《收养法》第26条规定：收养人在被收养人成年以前，不得解除收养关系，但收养人、送养人协议解除的除外，养子女满10周岁以上的，应当征得本人同意。送养人、收养人不能达成解除收养关系协议的，可以向人民法院提起诉讼。第30条规定：养父母虐待、遗弃未成年被收养人的，收养关系解除后，不能要求生父母补偿收养期间支出的生活费和教育费。在本案中，柴某夫妇与李某夫妇达成了解除收养关系的协议，但该协议是附条件的，即在柴某夫妇离婚的情况下，收养关系解除。如果该条件未成就，协议是不能生效的。我国《民法通则》第62条的规定，“民事法律行为可以附条件，附条件的民事法律行为在符合所附条件时生效。”按照《民法通则》的规定，柴某夫妇与李某夫妇达成的上述协议是有效的。同时，按照民事活动所遵循的“诚实信用”的原则，如果当事人采取欺诈等手段恶意地促使条件成就，应当视为该条件未成就，附条件的民事法律行为不能生效。

在本案中，柴某夫妇依据解除收养关系的协议要求解除与柴某某的收养关系并要求李某夫妇赔偿收养期间其为柴某某支出的抚育和医疗费用。柴某夫妇必须就以下事实举证证明：（1）就当事人双方达成的协议成立并生效的事实举证。协议解除收养关系是法律赋

予送养人和收养人的一种权利。作为法律上的一种拟制血亲关系，收养关系既可以基于协议而产生，又可以基于协议而解除。但解除的前提是该协议合法有效，即是说，行为人具有完全行为能力、当事人双方意思表示真实、协议内容合法而且符合社会公共利益。协议附有生效条件时，该条件合法且已经成就。按理说，主张协议生效的当事人应当就上述全部事实举证证明。但是，根据民事诉讼法上的盖然性规则，就一项事实来说，如果其发生的可能性（盖然性）比较高，主张该事实发生的当事人不负举证责任，相对人应就该事实不发生负举证责任；反之亦然。实践中，主张协议生效的当事人只要证明解除收养关系的协议已成立且所附条件已经成就，法官就会认定该协议合法有效，而不必提供足够充分的证据证明行为人具有行为能力、当事人意思表示真实、协议内容合法有效等事实。因为人类的一般经验证明，这三项事实成立的可能性大于不成立的可能性。法院通常会要求主张这三项事实不成立的当事人负举证责任。此时，主张协议生效的当事人的证明责任就仅限于用反证或抗辩去动摇或者推翻相对人的主张。除此之外，如果未成年的被收养人已年满10周岁，主张协议生效的当事人还要证明被收养人同意解除收养关系。（2）就其在收养期间所支付的抚育费用承担举证责任。解除收养关系通常还涉及收养期间所支付的生活费用和教育费用的承担问题。收养人通常可以要求送养人适当地补偿其所支付的抚育费，除非送养人能够证明收养人存在虐待、遗弃等侵害未成年被收养人合法权益的行为。因此，收养人必须提供反证证明或者运用证据抗辩送养人关于“收养人存在虐待、遗弃等侵害被收养人合法权益的行为”的主张不成立。为了证明费用的具体数额，收养人必须提供发生该费用的各种收据以及费用的计算方法和计算结果。（3）在本案中，柴某夫妇还必须就李某夫妇故意隐瞒被收养人的病情负举证责任。如果柴某夫妇能够提供充分的证据证明李某夫妇明知被收养人患有某种疾病，却故意在签订收养协议时不告知自己，导致自己在违背真实意思的情况下确立了收养关系，并由此遭受了损失，柴某夫妇不仅可以以此为由要求解除已经成立的收养关系，还可以要

求李某夫妇赔偿自己因此而遭受的损失。自然，柴某夫妇同样要提供各类收据及费用的计算方法和计算结果来证明具体的损失情况，即医疗费等费用。

就李某夫妇而言，其应当就以下事实举证证明：（1）提出解除收养关系的协议不生效的事实主张并举证证明，以推翻对方关于该协议已经生效的事实主张。如前所述，李某夫妇必须提供足够充分的证据来证明存在协议当事人不具有完全行为能力，或者意思表示不真实，或者协议内容违法或违反社会公共利益等不成立的事由。因为本案中的解除收养关系协议附有生效条件，如果李某夫妇能够证明所附条件未成就，或者虽然条件已经成就，但是柴某夫妇恶意促成的，那么该协议未生效也可以由此得到证明。除此之外，李某夫妇如果能够证明年满10周岁的未成年被收养人柴某某不同意解除收养关系，也能达到阻止柴某夫妇主张成立的目的。（2）提出柴某夫妇存在虐待、遗弃未成年被收养人柴某某的事实主张并举证加以证明。李某夫妇必须提供大量充分的证据对此予以证明，才能彻底推翻柴某夫妇要求其补偿抚育费的主张。此外，李某夫妇也可以针对柴某夫妇提供的证据的真实性以反证予以反驳。（3）针对柴某夫妇提出的其故意隐瞒被收养人病情的事实主张运用证据加以反驳。当然，如果柴某夫妇未对其主张充分举证或者根本无法举证的情况下，李某夫妇也无提供反证的必要。只有当柴某夫妇已经充分举证，为了防止法官由此形成该事实为真实的内心确信，进而作出不利于自己的判决，李某夫妇才需要提供反证来反驳。例如证明自己不可能知情，或者自己对不知情并没有过失。

实际上，本案中，柴某夫妇的诉讼主张包括两个部分：（1）解除其与柴某某的养父母和养子女关系；（2）要求李某夫妇赔偿其为抚育柴某某和为其治疗眼病所支出的费用。就前一项诉讼主张而言，柴某夫妇提出了解除收养关系的协议已经生效的事实主张，并提供了当事人双方协商一致的解除收养关系协议和离婚证作为证明协议成立和所附条件已经成就的证据。为了支持后一项诉讼主张，首先，柴某夫妇提出具体的损失事实，并以各种单据作为计算抚育费、医

疗费和交通费等相关费用的具体数额的证据。其次，柴某夫妇提出了李某夫妇故意隐瞒柴某某患有先天性眼病的事实主张，但并未提供证据加以证明。应该说，柴某夫妇的证明思路并不存在不当之处，但在搜集足够数量和高质量的证据材料方面，柴某夫妇却存在着严重的欠缺。就李某夫妇提出的其恶意促成解除收养关系协议所附条件的成就的事实主张，柴某夫妇并未提出有力证据加以反驳。虽然柴某夫妇提供了证明抚育费数额的单据，但却并未提供反证推翻法官依据李某夫妇所提供的证据形成的其虐待被收养人的内心确信，所以，柴某夫妇无法获得法官对其要求李某夫妇偿还其支付的抚育费的诉讼主张的支持。柴某夫妇虽然提供了为治疗柴某某的眼病所支出的医疗费等费用单据，支持其要求李某夫妇赔偿该笔费用的主张，但未能举出足够充分的证据证明李某夫妇故意隐瞒被收养人患病情况的事实，所以，要求法官作出让李某夫妇赔偿其支付的全部医疗费用的判决是很困难的。总的来说，柴某夫妇的举证是不充分的。这部分是由于案件事实本身所导致的，但柴某夫妇在举证方面存在的缺陷也是一个重要的因素。对柴某夫妇来说，其本可以收集当初善待柴某某的证据，以反驳李某夫妇所主张的其虐待柴某的事实，虽然这不能完全推翻李某夫妇主张的事实，但至少可以减轻法官对“虐待”严重程度的判断。那样，法官就不至于作出全部驳回其要求李某夫妇偿还柴某某抚育费用的主张。除此之外，柴某夫妇还忽视了一项重要的证据，即柴某某本人同意解除收养关系。由于柴某某已经年满 10 周岁，具有一定的认识和判断能力，其本人的意见在是否解除收养关系上对法官有重要的影响，有时甚至是决定性的因素。虽然柴某某本人在法庭上提出了不愿意和养父母继续共同生活，想回到亲生父母身边的意见，弥补了柴某夫妇在举证上的缺陷，但柴某夫妇的这一举证上的疏忽是非常明显的。

相对于柴某夫妇的举证情况，李某夫妇的举证是比较成功的。他们不仅针对柴某夫妇的事实主张运用证据加以反驳，而且还提出了自己的事实主张并运用证据给予有力的证明。首先，针对柴某夫妇提出的解除收养关系协议所附条件已经成就，要求依协议解除收

养关系的诉讼主张，李某夫妇提出了协议未生效的事实主张并举证证明未生效的理由。李某夫妇依据柴某夫妇向法庭提交的离婚证和经法官查实的柴某夫妇已经复婚的事实，再结合证人证言，有力地证明了柴某夫妇虚假离婚促使解除收养关系的协议生效条件成就的行为具有恶意，从而促使法官认定该协议未生效。尤其值得一提的是，李某夫妇申请法官收集柴某夫妇的婚姻状况的证据这一行为，这也是当事人收集证据的一种方式。《民事诉讼法》第 64 条第 2 款规定："当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。"最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第 16 条规定："除本规定第十五条规定的情形外，人民法院调查收集证据，应当依当事人的申请进行。"第 17 条规定："符合下列条件之一的，当事人及其诉讼代理人可以申请人民法院调查收集证据：（一）申请调查收集的证据属于国家有关部门保存并须人民法院依职权调取的档案材料；（二）涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的材料；（三）当事人及其诉讼代理人确因客观原因不能自行收集的其他材料。"李某夫妇显然是无权到有关部门查询收集该证据的。按照上述法律和司法解释的规定，李某夫妇的情况符合申请人民法院调查收集证据的情况。李某夫妇能够充分行使自己的这一诉讼权利，是值得肯定的。为反驳柴某夫妇提出的要求李某夫妇偿还抚育费的诉讼主张，李某夫妇提出了柴某夫妇虐待柴某某的事实主张，并提供了柴某某本人的证词、自己的陈述和柴某夫妇邻居的证词作为证据。就柴某夫妇要求其偿还为治疗柴某某的眼病而支出的医疗费用的主张，虽然柴某夫妇没有充分证明其隐瞒了柴某某患病的事实，但李某夫妇还是在不必要提出反证的情况下，提交了一份医院的鉴定意见作为证据，反驳柴某夫妇的事实主张。

综上所述，结合当事人双方的举证情况，本案中柴某夫妇未能就其主张的事实提供充分的证据加以证明，也未对李某夫妇的事实主张和辩驳运用有力的证据加以反驳。对其主张的事实不能认定。相反，李某夫妇为自己主张的事实提供了充分的证据，可以认定其

主张的事实。

在本案的处理上，虽然收养协议经当事人双方举证证明没有生效，但柴某某本人明确表示希望解除收养协议，同时柴某夫妇有虐待柴某某的行为，从维护未成年人合法权益的基本原则出发，应当判决解除该收养关系，让柴某某回到亲生父母身边生活。柴某夫妇虐待未成年被收养人，按照《收养法》的规定，其要求补偿柴某某抚育费用的主张不能得到支持。《收养法》虽然规定："养父母虐待、遗弃未成年被收养人的，收养关系解除后，不能要求生父母补偿收养期间支出的生活费和教育费"，但在这种情况下，养父母为未成年被收养人支出的医疗费用应否补偿，法律没有明确规定。从公平的角度出发，可以考虑给予适当的补偿。

18. 丧偶女婿以尽了主要赡养义务为由要求继承遗产的案件中，当事人应当如何举证？

【案情】

车某早年丧妻，独自抚养一儿一女。儿子车甲，是某工厂工人；女儿车乙是某学校老师。1998 年，车乙与同在一所学校教书的季某结婚。2000 年，车某中风瘫痪，住到女儿家里，由女儿、女婿照顾其衣食起居。车乙于 2001 年患病去世。2004 年，车某去世后，季某与车甲因继承车某的遗产问题发生纠纷，季某向人民法院提起诉讼，称：妻子去世后，岳父车某一直由自己照顾，除了承担车某的生活费外，还为其支付了医药费等费用。车甲对父亲却不闻不问，未尽赡养义务。鉴于自己对车某尽了主要赡养义务，依法应当作为车某第一顺序的继承人，继承车某大部分遗产。季某向法庭提交了自己关于赡养老人的陈述；为车某支付的医疗费用单据；与车乙的结婚证和车乙的死亡证明；邻居证明其在妻子去世后独立赡养老人的证言；车某的死亡证明；车某留下的存折一张和关于车某还留有住房一套的陈述。车甲答辩称：自己因未成年，所在企业经济效益又不好，无力赡养父亲，所以车某瘫痪后由车乙照顾；车乙去世后，自

己经常将车某接回家照料，为车某支付了医疗费用，尽到了赡养义务。自己是车某法定的第一顺序继承人，应当继承车某的全部遗产，包括存款与房屋。车乙去世后，季某与车某已经没有关系，不应当继承遗产。车甲向法庭提交了以下证据：本人关于对父亲尽赡养义务的陈述；户口簿；为车某支付医疗费的单据；邻居关于车甲经常接车某回家居住的证言。车甲的邻居未能出庭接受质证，亦未说明理由。

【要点】

本案所反映的是丧偶女婿以尽了主要赡养义务为由要求继承遗产的，当事人应当如何举证的问题。

【评析】

本案是因丧偶女婿主张自己对岳父尽了主要赡养义务而要求作为第一顺序继承人继承遗产引起的纠纷。这类纠纷属于法定继承纠纷。所谓法定继承，又称无遗嘱继承，是指由法律直接规定继承人的范围、继承顺序、遗产分配规则的一种继承方式。因此，法定继承有两个特征：（1）法定继承是以一定的人身关系为前提，即以被继承人和继承人之间的婚姻、血缘关系来作为继承关系发生的基础；（2）在法定继承方式中，哪些人可以作为死者遗产的继承人，各个继承人按照什么样的顺序来继承死者的遗产，同一顺序的继承人根据什么样的原则分割死者的遗产，都由国家的法律予以明文规定。除非死者生前以遗嘱的方式改变外，其他人都无权改变。法定继承的上述两个特征决定了法定继承纠纷引起的诉讼在证据运用方面具有以下特点：

1. 证明对象集中在法定继承人的范围和继承顺序、遗产的范围等方面

民事诉讼中的证明对象是指司法人员和诉讼当事人及其律师在诉讼中必须用证据加以证明的案件事实，主要是民事纠纷发生和发展的事实和民事法律关系构成要素的事实。法定继承纠纷中，因为

法定继承人的范围和顺序以及遗产的范围是法定继承中必须确定的事实，所以无论法定继承纠纷属于何种类型，这三种事实必须首先予以确认，因而成为法定继承中最主要的证明对象。

2. 诉讼中运用的证据种类主要有物证、书证、证人证言和当事人陈述等几种

法定继承纠纷中，书证主要有两类：一是确认继承人与被继承人关系的书证，如结婚证书、户籍登记或档案资料、收养登记和死亡证明书等；二是确认遗产范围的书证，包括被继承人生前持有的物权证书和债权文书，如房屋所有权证和土地使用权证、专利权证、著作权证、债权债务文书、债券、股票、国库券、存款单据等等。在继承纠纷中，物证是指遗产本身。它既是继承人之间争议处分的对象，又是能证明案件事实即遗产范围的证据，主要包括：房屋、货币、金银饰品、古董文物、高档贵重家用电器和家俱、一定数量的生产资料（如承包的汽车、设备、商店货物）等。证人证言和当事人陈述则主要用于证明继承人与被继承人之间形成的事实关系，如事实婚姻、收养关系、赡养关系等。

3. 证据的关联性特征较为突出

证据的关联性，是指证据必须同案件事实存在某种联系，并因此对证明案情具有实际意义。证据不仅是客观存在的事实，而且必须是与案件事实存在某种联系的事实。法定继承的突出特征即不但遗产范围，而且继承人的范围和顺序都由法律明确规定。因此，法定继承纠纷诉讼中，证据必须与以上的证明对象存在联系，只有具备了这种联系，再加上客观性和合法性，才能作为证据使用。

4. 部分纠纷运用推定的证明方法

推定，是指依法进行的关于某事实是否存在的推断，而这种推断又是根据其他基础事实来完成的。在法定继承纠纷引起的诉讼中，推定运用主要包括两种情况：对死亡时间的推定和拒不提供证据推定为证据对其不利。最高人民法院《关于贯彻执行〈中国人民共和国继承法〉若干问题的意见》第 2 条规定："相互有继承关系的几个人在同一事件中死亡，如不能确定死亡先后顺序的，推定没有继承

人的先死亡。死亡人各自都有继承人的，如几个死亡人辈分不同，推定长辈先死亡；几个死亡人辈分相同，推定同时死亡，彼此不发生继承，由他们各自的继承人分别继承。”最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》）第75条规定：“有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供，如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人，可以推定该主张成立。”

我国《继承法》第10条规定：“遗产按照下列顺序继承：第一顺序：配偶、子女、父母。第二顺序：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。继承开始后，由第一顺序继承人继承，第二顺序继承人不继承。没有第一顺序继承人继承的，由第二顺序继承人继承。本法所说的子女，包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有扶养关系的继子女。本法所说的父母，包括生父母、养父母和有扶养关系的继父母。本法所说的兄弟姐妹，包括同父母的兄弟姐妹、同父异母或者同母异父的兄弟姐妹、养兄弟姐妹、有扶养关系的继兄弟姐妹。”第12条规定：“丧偶儿媳对公、婆，丧偶女婿对岳父、岳母，尽了主要赡养义务的，作为第一顺序继承人。”根据上述法律规定，丧偶女婿如果想继承岳父、岳母的遗产，必须举证证明以下事实：自己是被继承人女婿，自己已经丧偶，自己对被继承人尽了主要的赡养义务，被继承人遗产的情况。车甲作为车某的儿子，在车乙已经去世的情况下，按照《继承法》第10条的规定，是车某唯一的第一顺序继承人。但根据《继承法》第12条的规定，如果季某能够举证证明其主张的事实，他和车甲一样，也是车某第一顺序继承人。在这种情况下，车甲如果想排除季某第一顺序继承人的资格，必须举证证明：季某未与被继承人形成赡养关系，自己已经尽到了对车某的赡养义务。

在本案中，季某提交了以下证据：与车乙的结婚证，证明自己与车某属于翁婿关系；车乙的死亡证明，证明自己已经丧偶；自己关于赡养老人的陈述、为车某支付的医疗费的单据、邻居证明其在妻子去世后独立赡养老人的证言，证明自己对被继承人尽到了主要赡养义务；车某留下的存折一张和自己关于车某还留有住房一套的

陈述，证明被继承人的财产状况。从季某举证的情况看，其证明思路是正确的，针对不同的待证事实提交了有力的证据加以证明，不同的证据之间相互印证，形成了完整的证据锁链。应该说，季某对待证事实的举证是非常成功的。车甲向法庭提交了以下证据：户口簿，证明自己与被继承人车某是父子关系；本人关于对父亲尽赡养义务的陈述、为车某支付医疗费的单据、邻居关于车甲经常接车某回家居住的证言，证明自己已经对车某尽了赡养义务。就其举证情况而言，针对季某未与被继承人形成赡养关系，车甲已经尽到了对车某的赡养义务这一待证事实，车甲的举证显然是不充分的，不足以证明其主张的事实。

针对自己对车某尽了赡养义务这一事实，车甲提交了三项证据：本人的陈述、邻居的证言、医疗费的单据。按照《民事诉讼法》的规定，当事人陈述属于法定的证据形式中的一种。具体而言，所谓当事人陈述，就是指当事人就有关案件事实的情况向人民法院所作的说明，包括当事人自己说明案件事实和对案件事实的陈述。由于民事诉讼的当事人既是诉讼主体，又是发生争议、正在法院审理的案件的实体法律关系的当事人，他们对案件的真实情况一般都亲自经历过，掌握着一定的证据材料，因而比他人更了解案件事实的真相。当事人在争议中为了能获得有利于自己的判决，常常会主动地向人民法院陈述案件事实的来龙去脉，并积极地提供相关的证据材料。所以，当事人陈述在诉讼中的证据意义和作用是十分明显的。同时，当事人陈述由于当事人诉讼地位的复杂性，决定了其陈述的证明力的两面性：一方面，当事人是实体法律关系的直接参与者，对于实体法律关系的产生、发展、演变以及发生争议的情况，比任何其他诉讼参与者，如证人、鉴定人、勘验人等，都更加了解，不仅全面，而且深刻。因此，当事人陈述从应然的意义上说，比任何其他证据形式都更加能够反映案件的真实情况。所以，当事人陈述作为证据的种类之一，不仅有充分的独立存在的理由，而且应当受到充分的重视；但是，另一方面，我们又不能不看到，由于当事人陈述的证据主体所决定，当事人陈述的证据内容通常难以保证它的

真实性、客观性和全面性，而往往在真实的陈述中掺入虚假的成分，并常常带有有利于陈述者的主观性和片面性。同其他的证据形式相比较，当事人陈述的这一缺陷是显而易见的。正是基于此，我国《民事诉讼法》第71条第1款规定："人民法院对当事人的陈述，应当结合本案的其他证据，审查确定是否作为认定案件事实的根据。"《证据规定》第76条规定："当事人对自己的主张，只有本人陈述而不能提出其他相关证据的，其主张不予支持。但对方当事人认可的除外。"所以，仅有车甲本人的陈述，没有其他有力证据的印证，是不足以证明其主张的事实的。

除了本人的陈述，车甲还提交了邻居的证言，证明其经常将父亲接回家居住。所谓证人，简而言之，就是知道案件真实情况并具有作证能力的人。证人证言，是指知道案件真实情况的人所作的有关案件部分或全部事实的陈述。证人证言同当事人陈述相比较，其客观性更强一些。因为证人不像案件当事人那样，与案件的审判结果有直接的利害关系。同书证、物证等实物证据相比较，证人证言更为生动、具体、形象，对案件事实真相的揭露也更为深入。但与此同时，证人证言也有不稳定性和多变性的特点，并可能失真。一是言词证据本身受到各种客观因素和主观因素的影响、干扰而导致其不稳定和多变；二是证人证言在形成过程中，即对案件事实的感知、记忆、表述的过程中，每个阶段都可能出现偏差。为了避免证人证言的不稳定性和多变性，保证证言的生动、具体、形象，《证据规定》第55条规定："证人应当出庭作证，接受当事人的质询。证人在人民法院组织双方当事人交换证据时出席陈述证言的，可视为出庭作证。"第56条规定："《民事诉讼法》第七十条规定的'证人确有困难不能出庭'，是指有下列情形：（一）年迈体弱或者行动不便无法出庭的；（二）特殊岗位确实无法离开的；（三）路途特别遥远，交通不便难以出庭的；（四）因自然灾害等不可抗力的原因无法出庭的；（五）其他无法出庭的特殊情况。前款情形，经人民法院许可，证人可以提交书面证言或者视听资料或者通过双向视听传输技术手段作证。"第57条规定："出庭作证的证人应当客观陈述其亲身

感知的事实。证人为聋哑人的，可以其他表达方式作证。证人作证时，不得使用猜测、推断或者评论性的语言。”第58条规定：“审判人员和当事人可以对证人进行询问。证人不得旁听法庭审理；询问证人时，其他证人不得在场。人民法院认为有必要的，可以让证人进行对质。”同时，按照《证据规定》第47条第1款的规定，“证据应当在法庭上出示，由当事人质证。未经质证的证据，不能作为认定案件事实的依据。”第69条第5项的规定，“下列证据不能单独作为认定案件事实的依据：……（五）无正当理由未出庭作证的证人证言。”在本案中，车甲的邻居未出庭作证，既未说明理由，也没有证据证明其属于上述“证人确有困难不能出庭”的情形。虽然其证言可以与车甲的陈述相互印证，但由于其不能作为认定案件事实的依据，因此，难以支持车甲所主张的事实。

车甲还向法庭提交了自己为车某支付的医疗费的单据。但该医疗费的单据只能证明其对被继承人有一定的赡养行为，而不能证明其尽到了赡养义务，更不要说是主要的赡养义务。因为赡养不仅是经济上的供养，还包括生活上的照料，两者都必须是长期的、经常性的。因此，从车甲的举证情况来看，不能证明其主张的对车某尽到了赡养义务的事实。而针对另一个待证事实，即季某与车某不存在赡养关系，车甲仅在口头上予以否认，未举出有力证据予以证明。相反，从车甲所主张的事实和举证的情况看，恰恰可以证明季某与车某存在赡养关系。在车乙去世后，车甲不是将车某从季某处接回与自己共同生活，而只是不时接车某回家住。其他时间，车某仍然由季某照顾。这一点有力地证明了两者之间的赡养关系的存在，而且是季某对车某尽了主要的赡养义务。车甲一方面认为车乙去世后，季某与车某已经没有任何关系，另一方面却又让季某照顾和赡养车某，显然是自相矛盾的，情理不通。因此，综合当事人双方在本案中的举证情况，可以认定季某作为车某的丧偶女婿，在妻子去世后，与车某共同生活，对车某尽了主要的赡养义务，应当作为第一顺序的继承人，继承车某大部分遗产。

五、医疗事故纠纷案件证据指南

1. 因医疗行为引起的损害赔偿纠纷，举证责任如何分配？

【案情】

张某和孙某夫妇一直想要一个孩子。结婚几年后，孙某终于怀孕了，这让夫妇两人喜出望外。但不幸的事情却发生了。婴儿在某医院出生后，即被诊断为左臂臂丛神经损伤，后又发现睾丸血肿。某医院随即建议张某夫妇带孩子到其他医院检查治疗。张某夫妇带婴儿先后在多家医院转院治疗，花费医疗费等费用3万多元。2004年10月，张某夫妇向人民法院提起诉讼，认为婴儿人身损害结果的发生，是由于某医院在接生时的医疗过错行为引起的，故要求某医院赔偿医疗费等损失34000元及精神损害赔偿金5万元。张某夫妇向法庭提供了诊断书、转院治疗的证明以及医疗费等单据作为证据，证明其主张的事实。某医院则认为，在对孙某接生的过程中，所有环节均按常规、正确的助产技术给予助产，没有违规操作，不存在医疗过失问题，不同意承担赔偿责任。某医院向法庭提供了孙某住院病历和相关的医学文献资料。但当事人双方均未申请对婴儿的人身损害进行医学鉴定。

【要点】

本案所反映的是因医疗行为引起的损害赔偿纠纷，举证责任如何分配的问题。

【评析】

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》）第4条第1款第8项规定："因医疗行为引起的侵权诉讼，由医疗机构就医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任。"上述规定明确了医疗纠纷中医患双方的举证责任，有利于保护患者的合法权益。根据上述规定，在医疗侵权诉讼中，医疗机构应就其医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任。至于患者是否在该医疗机构就医治疗、有无损害事实、是否存在实际损失、存在哪些损失、损失多少等，举证责任则在患者一方。只有在患者一方举证证明上述事实确实存在的前提下，医方才有责任举证证明医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错。因此，本案在举证责任分配上，张某夫妇应当就与某医院是否存在医患法律关系，婴儿人身损害的事实、损害程度、医疗费等损失及精神损害的事实承担举证责任；某医院则应就其医疗行为有无过错及与婴儿的人身损害后果之间有无因果关系承担举证责任。只有张某夫妇履行了上述举证责任之后，某医院的举证责任才实际发生。张某夫妇向法庭提供了诊断书、转院证明、医疗费单据等证据，足以证明上述事实，其已经完成了举证责任。现在，应当由某医院对婴儿的人身损害与其接生行为不存在因果关系和自身没有医疗过错承担举证责任。

某医院向法庭提供了孙某住院病历和相关的医学文献资料。这些证据能否证明医疗行为与损害结果之间不存在因果关系以及医疗机构不存在医疗过错，应当提供鉴定来确定。医患纠纷中的鉴定，一般可分为医疗过错鉴定、医疗事故鉴定和损害程度鉴定等，是否需要进行鉴定、需要进行哪种性质的鉴定，一般要根据当事人的主张和具体案情来决定。本案属于医疗过错人身损害赔偿纠纷，如果需要鉴定，应进行医疗过错鉴定和损害程度鉴定。所谓医疗过错鉴定，是人民法院在诉讼过程中依据职权或当事人的请求，委托专门机构，对患方所诉损害结果与医疗方过错有无因果关系等专门性问

题进行分析、评定和判断，为法官公正裁判案件提供科学依据而进行的一项诉讼活动。它涉及法医学、赔偿医学、临床医学、药理学等多种学科，属法医学司法鉴定。在医患纠纷中，“医疗过错”和“因果关系”的认定具有很强的专业性，仅凭法官的知识、社会经验和当事人提供的病历、诊断、医学文献及其陈述等，就争议事实及责任作出评判是不客观的。因此，在医患双方就“医疗过错及因果关系”不能达成一致意见时，应当通过鉴定来确定案件事实。但在本案中，当事人双方均未提出鉴定申请，该如何处理呢?

根据我国《民事诉讼法》第63条的规定，鉴定结论属于民事诉讼证据的一种，因此，申请鉴定属于当事人履行举证责任的内容。《证据规定》第25条第1款规定：“当事人申请鉴定，应当在举证期限内提出。”因此，除了有《证据规定》第15条规定的“涉及可能有损国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的事实”和“涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等与实体争议无关的程序事项”等需要人民法院依职权调查取证的情形外，鉴定应当依据当事人的申请进行，人民法院一般不能以职权委托鉴定。《证据规定》第25条第2款规定：“对需要鉴定的事项负有举证责任的当事人，在人民法院指定的期限内无正当理由不提出鉴定申请或者不预交鉴定费用或者拒不提供相关材料，致使对案件争议的事实无法通过鉴定结论予以认定的，应当对该事实承担举证不能的法律后果。”因此，在案件争议事实不明需要进行鉴定的情况下，如果负有举证责任的当事人无正当理由在规定的期限内不申请鉴定，或者虽提出鉴定申请却不预交鉴定费或不提供相关材料的，就应当承担举证不能的法律后果。

在本案中，某医院对医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任，但由于其未申请鉴定，导致对上述争议的事实无法通过鉴定予以认定。因此，某医院应当承担举证不能的不利后果，对张某夫妇的诉讼请求应当予以支持。

2. 患者家属原因造成死因无法查明的，举证责任由谁承担？

【案情】

2004年10月某日，村民邓某请该村的个体医生张某到自己家为妻子杨某输液治疗。在输液过程中，杨某病情恶化，不久死亡。邓某当即联系了火葬场的车辆，次日将杨某火化。在镇司法所主持下，邓某和张某就赔偿事宜进行调解。司法所调解人员认为杨某的死亡属于医疗事故。邓某要求张某赔偿丧葬费、精神损失费等共计20000元。张某对巨额赔偿金犹豫不决。调解人员即向其表示：如果不能达成调解协议，只能上法院，钱还得赔，而且其行医资格要被撤销。张某无奈，只好在赔偿协议上签字。此后，张某获悉：2004年9月，杨某曾在县医院检查，诊断结果是其患有严重的风湿性心脏病。张某认为，杨某的死亡与其病情有关，不是自己的责任，拒绝履行赔偿义务。邓某向人民法院提起诉讼，要求张某履行赔偿义务。张某提出反诉，认为赔偿协议是在镇司法所错误地将杨某的死亡定性为医疗事故，自己存在重大误解的情况下达成的，请求撤销该协议。人民法院在庭审中查明了上述事实。

【要点】

本案所反映的是因患者家属原因造成死因无法查明的，举证责任由谁承担的问题。

【评析】

在本案中，造成杨某死亡的原因可能是其患有的风湿性心脏病，也可能是张某不当的医疗行为，或者两者的共同作用。但杨某死亡后，其家属即将其尸体火化，因此，杨某的死因现在已经无法查明。在这种情况下，杨某的死亡与张某的医疗行为之间存在因果关系的举证责任应当由谁承担，这对本案的处理有决定性意义。因为负有

举证责任的一方显然要因举证不能而承担不利的诉讼后果。

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》）第4条第1款第8项规定：“下列侵权诉讼，按照以下规定承担举证责任：……（八）因医疗行为引起的侵权诉讼，由医疗机构就医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任。”在本案中，能否依据上述规定将举证责任分配给个体医生张某呢？这要结合本案的具体情况进行具体分析，不能做简单化的处理。依照我国民法的规定，民事主体只能对自己的损害行为所造成的损害事实承担民事责任，因此，当损害事实已经发生，要使民事主体承担责任，行为与结果之间就必须有因果关系。这是民事主体承担责任的必备条件之一。在本案中，杨某自身的病情和张某的医疗行为都可能是导致杨某死亡的原因。究竟是哪种原因造成杨某死亡，或者两者之间究竟哪个是主导因素，哪个是辅助因素，需要科学的医学鉴定来判断。但由于杨某的家属在其死亡后立即联系将其火化，杨某死亡的原因已经无法查明。由此导致本案事实不清、责任不明，显然应当由死者的家属邓某承担责任。在这种情况下，再将证明医疗行为与杨某死亡结果之间不存在因果关系的举证责任分配给张某，显然是不公平的。因此，举证责任应当由邓某承担。根据《证据规定》第2条的规定，当事人对自己的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。所以，邓某应该承担举证不能的责任。

由于杨某的死因无法查明，其死亡不能认定为医疗事故，张某与邓某达成的赔偿协议存在重大误解的情况。所谓重大误解，是指民事行为人在作出意思表示时，对涉及行为结果的重要事项存在认识上的显著缺陷，即在主观认识与客观事实之间存在明显的重要差别，根据这种差别可以断定行为人在没有这种误解的情况下，绝不会作出这样的意思表示。重大误解民事行为的构成要件是：（1）一方当事人对于民事行为的内容发生了重大误解；（2）该民事行为的

后果与行为人的意思相悖；（3）该民事行为在客观上给行为人造成了较大的损失。在本案中，镇司法所是专门从事法律服务的机构，对法律有较深的认识和理解，在未经有权机构鉴定查清事实的基础上就认定杨某的死亡是“医疗事故”，有失客观公正。对于个体医生张某来说，医疗事故是大忌，对其职业生涯将产生严重影响。由于调解人在调解过程中错误的认定、不公正行为和使用诱导性的语言，足以让张某错误地认为自己的行为是造成杨某死亡的原因，基于重大误解而与邓某达成赔偿协议。可以断定，张某在没有这种误解的情况下，绝不会作出这样的意思表示，并且在客观上给张某造成了较大损失。这符合重大误解在内容发生重大误解、与行为人意思相违背以及造成了较大的损失三个构成要件。根据《民法通则》第59条的规定，行为人对行为内容有重大误解的民事行为，一方有权请求人民法院或者仲裁机构予以变更或者撤销。因此，对张某与邓某达成的赔偿协议应当予以撤销。

3. 在法无明文规定的情况下，如何确定医疗纠纷当事人的举证责任？

【案情】

孙某因患右乳癌到某医院住院治疗，某医院为其实施了右乳癌根治术。术后，孙某右下肋部留有一根引流管。2004年8月，孙某向人民法院提起诉讼，称出院后自己到某医院门诊处复诊，复诊期间由门诊医师将引流管拔除，门诊病历亦被医师借故收回。对上述事实，孙某仅有医疗费收据证实确实进行了复诊，复诊详情无证据予以证实。之后，孙某常感右腋窝处疼痛，并在其他医院查出右腋窝处有一索状物，推测系手术遗留物，遂以某医院在其体内遗留引流管造成痛苦要求其承担赔偿责任。在本案审理过程中，经双方当事人协商，在法官现场监督下，孙某在某医院住院手术取出该索状物，为5厘米长引流管，系拔除时不慎折断所留。审理法官要求接待孙某复诊的某医院门诊医师出庭作证，但该医师未出庭作证，某

医院也未提供该医师的证人证言。

【要点】

本案所反映的是医疗纠纷中医患双方的举证责任如何转换以及在法无明文规定的情况下，如何确定当事人的举证责任的问题。

【评析】

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第4条第1款第8项规定："因医疗行为引起的侵权纠纷，由医疗机构就医疗行为与损害后果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任。"在医疗纠纷案件的审理过程中，病员（原告）负有证明存在医患关系和损害后果的证明责任；而医方（被告）负有证明医疗行为无过错及与病员损害后果之间不存在因果关系的证明责任。也就是说，在医疗行为引起的侵权诉讼中，实行的是举证倒置、过错推定原则。但是，医疗纠纷案件千差万别、绝少雷同，证明责任绝非仅有以上几个方面，也绝非一律机械地适用上述举证责任。这就需要审判人员根据公平原则和双方的举证能力来正确分配举证责任，根据证据规则确定或推定裁判所依据的法律事实。

在本案中，当事人双方对于何人拔除引流管均无直接证据予以证实，又因孙某是携带引流管出院的，也不宜在无其他旁证的情况下武断将举证责任分配给医院。权利主张方应负有最初的举证责任，故孙某应当举证证明自带出院的第二根引流管是在复诊时由门诊医师拔除的。孙某通过门诊发票得以证实有复诊的事实，完成了部分举证责任，但对于复诊时医师拔除引流管的事实却无法证实。如果孙某能举出复诊的门诊病历，且病历中记载了系被告医师拔除引流管的事实，即使不进行医疗事故鉴定，也可以认定某医院违背谨慎注意的义务，具有重大过失，应当承担全部的赔偿责任。但孙某却未能提供病历，自称复诊时门诊病历被医师借故收回，因此病历在某医院处。在现实生活中，门诊病历通常应当由患者自行保管，故孙某关于门诊病历的陈述真伪难辩，也使本案的关键证据是否存在

以及存于何处的事实处于模糊不明的状态。那么，能否根据门诊病历应当由患者自行保管的惯例认定孙某持有对己不利的证据而拒绝提交，进而推定被告主张成立呢？从本案的情况看，尚不足以如此推定。因为虽然可以推定病历存于孙某处，但并不就此推定病历上一定记载了拔除引流管的过程，也不能推定病历上的记录对原告不利。同时，医院如要否定孙某的主张，只需提供孙某所指称门诊医师作为证人出庭作证即可，但医院虽经法院释明，却拒绝让该医师出庭作证，也未提供该医师的证人证言。这是不是也可以认定医院也是持有对己不利的证据而拒绝提交呢？显然这两种相互矛盾的推定势均力敌，都不具有高度的盖然性，也都不够严谨。

在双方均无法证实自己的主张且法无明文规定的情况下，法院应当根据双方的举证能力和公平原则即保护弱势群体的原则来分配举证责任，必要时还要放弃消极、超然的诉讼地位，根据法官自身的生活阅历、对社会现象的分析辨别能力，依据日常生活经验法则积极探求最接近客观真实的法律事实。在本案中，孙某作为癌症患者对于医疗会比一般患者更为谨慎，且一般癌症患者对于成功手术具有当然的内心信任，通常会选择为其成功施行手术的医院继续为其治疗的心理，依此，推定孙某既然选择在某医院复诊，就必然会在该院拔取引流管的法律事实，是妥当的。这种推定虽然没有直接的法律依据，但符合普通人对法律事实推定逻辑的理解，符合一般患者对医院高度信赖的利益期待，有助于督促医疗行为更为严谨、细致。根据上述分析，可以依照证据规则推定以下法律事实：孙某体内遗留的引流管系在某医院复诊期间由门诊医师拔除时不慎折断所遗留。据此，某医院对孙某取出该遗留物引起的相关费用以及引起的精神痛苦应当承担赔偿责任。

4. 在患者死因不明的情况下，未经尸检而作出的医疗事故鉴定结论能否采信？

【案情】

2002年8月某日，张某到某医院妇产科住院待产，当晚自然分

娩一男婴。晚12时左右，张某感到胸闷、心悸，阴道出血不止，经抢救无效死亡。医院出具的死亡报告单中认为，张某的死因为产后大出血和失血性休克。张某的家属向当地人民法院提起诉讼，请求判令由某医院依法承担张某死亡的一切法律责任，赔偿医疗费、丧葬费、抚养费、精神损害抚慰金等共计人民币10万元。某医院应诉后，向法院提出对张某医疗事件进行医学鉴定。人民法院委托医学会进行医疗事故技术鉴定。当地医学会作出的鉴定结论为：医院病历书写尚欠规范，入院时未及时定血型，催产素点滴无专人监护，记录不全，产妇死亡后未按规定让其家属签字确认，但产妇死亡与医疗行为无直接因果关系，故本案不构成医疗事故。张某的家属对当地医学会的鉴定结论表示不服，申请人民法院进行再次鉴定，人民法院委托某司法鉴定中心对本事件进行鉴定。某司法鉴定中心受法院委托后，经鉴定认为：张某产后大出血的原因是多方面的，死者到底是何原因引起大出血，该中心不能下结论，不同意书面复函。在诉讼中，某医院未就未进行尸检的原因作出说明并提供相应的证据。

【要点】

本案所反映的是在患者死因不明的情况下，未经尸检而作出的医疗事故鉴定结论能否采信的问题。

【评析】

我国《医疗事故处理条例》第2条规定“本条所称医疗事故，是指医疗机构及其医务人员在医疗活动中，违反医疗卫生管理法律、行政法规、部门规章和诊疗护理规范常规、过失造成患者人身损害的事故”，该规定确立了医疗事故的四个构成要件：即（1）损害要件；（2）医疗行为的违法要件；（3）违法医疗行为与患者人身损害之间的因果关系要件；（4）医疗行为的过失要件。在本案中，张某在产后因失血过多死亡，该医疗损害的产生，存在多个因素的介入。如某医院医务人员未严格按照妇产科诊疗规范进行操作，入院时未

及时定血型、催产素点滴无专人监护等。在多因素介入情况下客观判断医疗行为所起的作用，则是医疗行为侵权案件中因果关系认定的关键所在。

医学会鉴定结论认定产妇死亡与医疗行为无直接因果关系，不构成医疗事故。但由于该鉴定结论是在张某死后未进行尸检，仅凭双方而且主要是某医院提供的书面材料作出的，因此不能从客观上确定医疗行为与张某的死亡是否有因果关系。《民事诉讼法》第63条规定，法院审理民事案件，“证据必须查证属实，才能作为认定事实的根据”，“属实”包括形式、内容都真实。第64条规定“人民法院应当按照法定程序，全面、客观地审查核实证据。”就医疗事故的鉴定结论来说，内容的真实应当是鉴定结论的内容必须有根有据。张某产后大出血的原因是多方面的，死者到底是因何种原因引起大出血，鉴定结论未予明确，故难以认定该鉴定是全面、客观的。

对死因不明的医疗事件必须通过尸检来分清责任。尸检的意义在于为医疗事故是否构成，也即医疗机构及其医务人员是否存在过错、医疗活动与死亡原因之间是否存在因果关系的判断提供证据。《医疗事故处理条例》第18条规定：“患者死亡，医患双方当事人不能确定死因或者对死因有异议的，应当在患者死亡后48小时内进行尸检；具备尸体冻存条件的，可以延长7日。尸检应当经死者近亲属同意并签字……拒绝或者拖延尸检，超过规定时间，影响对死因判定的，由拒绝或者拖延的一方承担责任”。发生医疗事故争议时，患者死亡原因难以确定或者医患双方对死亡原因有异议的，医疗机构和死者近亲属均可以提出尸检的要求。尸体的处置权属于死者的近亲属，其他任何单位和个人无权处置。因此，必须经死者近亲属同意并签字后方可进行尸检。无论哪一方拒绝或者拖延尸检，影响对死因的正确判定，责任将由拒绝或拖延的一方承担。

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第4条第1款第8项规定：“因医疗行为引起的侵权诉讼，由医疗机构就医疗行为与损害结果不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任。”由于某医院在张某死亡后，未按规定让其家属对产妇死亡签字确认，又

没有充分证据证明死者家属拒绝尸检，或拖延了尸检的时间，致使医疗纠纷发生后因为没有进行尸检，不能查明死亡原因，因此，某医院对其医疗行为与产妇死亡之间不存在因果关系，不能提出有说服力的证据，应当承担举证不能的责任和相应的法律后果。

5. 以对可能情况分析为基础作出的医学鉴定结论，能否作为有效证据使用？

【案情】

匡某在一家公司工作，本人酷爱运动。在一次滑雪过程中，匡某意外摔倒，造成左肱骨骨折，到甲医院处住院手术治疗。手术后两周拆线，1个半月去掉石膏，匡某感到左手无名指、小指麻木，后左手3、4、5指呈畸形，肌肉出现萎缩。后经乙医院肌电图检查，发现匡某左尺神经、正中神经受损，为此，匡某与甲医院发生纠纷。根据双方的申请，当地卫生局委托市医学会对此纠纷进行医疗事故鉴定。医学会提出以下几点分析意见：（1）医疗行为无违规现象，患者左尺、正中神经损害系迟发性神经炎，与瘢痕体质、组织粘连有关；（2）医方医疗行为与患者目前人身损害之间无因果关系；（3）医方对患者人身损害无责任。根据此上述分析意见，市医学会的鉴定结论认为本病例不构成医疗事故。此后，经乙医院手术发现匡某左尺神经断损。匡某对鉴定结论不服，向法院起诉，要求甲医院承担赔偿责任。

【要点】

本案所反映的是以对某种可能情况的分析为基础作出的医学鉴定结论，能否作为有效证据使用的问题。

【评析】

本案其实所涉及的是对这样的鉴定结论是否应当予以采信，作为认定案件事实的依据。

在一般医疗损害赔偿纠纷案件中，医疗事故技术鉴定结论是案件中的重中之重、焦点中的焦点。但并不意味着有关医患纠纷的审理必须以医疗事故鉴定结论作为技术依据，这要根据具体医患纠纷的类型和案情而定。另外，鉴定结论只是《民事诉讼法》规定的证据的一种，和其他书证、物证等证据一样要经过双方当事人质证无异议后才能作为定案的依据。

本案当事人双方争议的焦点是：在匡某骨折手术过程中，甲医院是否造成了匡某尺神经的损伤。对此，医学会提出了三点分析意见。其分析意见第一项中认为医疗行为无违规现象，患者左尺、正中神经损害系迟发性神经炎，与瘢痕体质、组织粘连有关，其结论是对可能情况的分析，是一种倾向性意见。该分析意见第二项、第三项认为医方医疗行为与患者目前人身损害之间无因果关系、医方对患者人身损害无责任，是建立在第一项倾向性意见的基础上和可能情况的前提下，因此该鉴定结论亦不具有确定性、科学性，不符合法律的要求，也不能使当事人信服。此后，乙医院的神经探查术明确了匡某手指功能障碍为尺神经断损所致，否定了这一分析意见。因此，医学会的医疗事故鉴定结论不能作为有效证据在诉讼中采信。

根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》，因医疗行为引起的侵权诉讼，由医疗机构就医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任，患者对其就诊的事实和损害的事实承担举证责任。本案中，对匡某在甲医院就诊及存在损害的事实，当事人双方无异议。甲医院应当就医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任。由于甲医院未能提供有效证据，因此，甲医院对匡某神经损害所造成损失应承担赔偿责任。

6. 医疗事故致人死亡，死者家属如何举证要求精神损害赔偿？

【案情】

2003 年 4 月 16 日，陈某因患急性肠炎到某医院就医时，该院医

务人员为其静脉滴注庆大霉素、病毒唑、地塞米松、5%葡萄糖盐水，致陈某发生严重输液反应，经抢救无效死亡。事故发生后，医院除退还陈某妻子孙某已交纳的住院押金和医疗费3000元外，免除了陈某住院期间的医疗费，并决定一次性给予5万元的补偿。陈某不同意，向法院起诉，要求判令医院赔偿精神损害赔偿费50万元。经查，陈某系因医院为其输液治疗过程中输入了致热“过敏源”，引起严重输液反应、过敏性休克、弥漫性血管内凝血、多脏器功能衰竭，导致死亡。

【要点】

本案所反映的是医疗事故致人死亡，死者家属如何举证要求精神损害赔偿的问题。

【评析】

最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》（以下简称《解释》）第9条规定：“精神损害抚慰金包括以下方式：（一）致人残疾的，为残疾赔偿金；（二）致人死亡的，为死亡赔偿金；（三）其他损害情形的精神抚慰金。”在《医疗事故处理条例》第50条规定的医疗事故赔偿项目中，规定为“精神损害抚慰金”，与《解释》的精神相一致，该条例对造成患者死亡和造成患者残疾两种情形，统称作“精神损害抚慰金”。

精神损害抚慰金应该交付给谁，即精神损害赔偿的对象应该是谁呢？在实践中，人们往往认为，精神损害赔偿对象应该是对受害人而言的，但实际上这种说法并不合理，应分为两种情形予以处理。

对造成患者死亡的情形，因患者已经死亡，其作为权利主体的资格已经消失，对其而言，已不存在精神损害赔偿，故不应把精神损害赔偿的对象列为已死去的患者。由于死者死亡的事实使死者近亲属的精神、情感受到终生创伤，这种痛苦是由侵权人的行为造成的，精神痛苦与侵权行为间具有法律上的因果关系。《解释》第7条规定，自然人因侵权行为致死，死者的配偶、父母和子女向人民法

院起诉请求赔偿精神损害的，列其配偶、父母和子女为原告；没有配偶、父母和子女的，可以由其他近亲属提起诉讼，列其他近亲属为原告。那么，是否所有的间接受害人均可提出精神损害赔偿？答案是否定的。能够提出精神损害赔偿的间接受害人包括配偶、父母、子女或其他近亲属。但上述间接受害人的范围应有一定的限制。具体为：

第一，幼儿、胎儿和患有精神病的近亲属的精神损害赔偿请求权应加以限制。这主要是因为精神损害是一种非财产损害，即受害人因人身伤亡导致精神上或肉体上的损害，包括受害人丧失亲人之痛苦、精神折磨、丧失生活享受等。而幼儿、胎儿和患有精神病的近亲属的感知能力欠缺或尚未成熟，无痛苦感受，其精神损害请求不应支持。幼儿、胎儿能否待其长大成人后或精神病患者痊愈后有痛苦感觉时再请求赔偿，在司法实践中有两个难点：一是诉讼时效的规定，有可能因诉讼时效的经过而无法请求赔偿；二是由于成人后或精神病患者痊愈后的精神损害的发生具有不确定性，导致此类损害发生概率、损害程度上认定困难。

第二，必须考虑间接受害人与死者间亲疏程度、扶养状况等因素，对于关系疏远或不履行扶养义务的间接受害人，其精神损害请求应加以限制。确定侵害生命权抚慰金赔偿的数额，通行的办法是适用法院斟酌案情的基本办法，再考虑受害人的余命年数。例如余年不多的老人与壮年或青少年比较，对人生享乐期间相差甚大，其亲属所受痛苦程度稍减。此外考虑家庭因素，例如死者若为一家支柱，其家属所受痛苦，自较普通成员为严重。又如死者与家属分居者亦可认为较同居者所受损害为少。《国家赔偿法》第 27 条第 3 项规定，造成死亡的，应当支付死亡赔偿金、丧葬费，总额为国家上年度职工年平均工资的 20 倍。《国家赔偿法》规定的死亡赔偿金更符合现实，但该法仅适用于国家赔偿的场合，而不能适用其他人身伤害的场合。但是，可作为其他场合侵害生命权抚慰金赔偿的参考依据。

最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题

的解释》第10条规定了确定精神损害赔偿数额的六种因素，并规定法律、行政法规对残疾赔偿金、死亡赔偿金等有明确规定的，适用法律、行政法规的规定。《医疗事故处理条例》对此作出了明确规定："按照医疗事故发生地居民平均生活费计算。造成患者死亡的，赔偿年限最长不超过6年；造成患者残疾的，赔偿年限最长不超过3年。"综上所述，本案陈某入院时只有急性肠炎症状，输液后，又出现输液反应及其他多种症状，至病情转危而死亡。由于经医疗事故鉴定委员会鉴定，输液后的治疗及抢救过程中，所采取的医疗手段均正确，这只能说明本案不属于医疗事故，但不排除医院未尽注意义务，而被告又无法证明原告在入院时，就具有除急性肠炎、输液反应以外的其他症状。可见陈某死亡的主要原因是输液反应。陈某患急性肠炎，经治疗后可以痊愈，但输液后却死亡，而某医院又无证据可以排除陈某输液反应，系采用药物及输液器具不洁所致，陈某因此导致死亡，给孙某造成极大的精神创伤，孙某有权要求精神损害赔偿。法院可以根据上述原则和方法确定赔偿数额。

7. 在医疗事故案件中，如何防止医疗机构篡改病历？[①]

【案情】

2001年6月12日，患者刘某因脑溢血到某市人民医院诊治，经抢救后病情稳定。2002年1月3日，某市人民医院对刘某更换气管切开套管时，将一次性使用的气管套管二次使用。2002年3月22日，刘某呼吸衰竭，经抢救无效死亡。

2002年4月3日，某市人民医院组织该院的医疗事故技术鉴定委员会作出鉴定结论，认为刘某的死亡原因为循环衰竭为主的多器官功能衰竭，与更换导管无因果关系。在整个治疗期间，院方用药及治疗方法恰当，医院无过错。

而刘某的家属认为，某市人民医院重复使用一次性医疗器具，

① 朱建新主编：《民事取证—来自审判实践中的方法总结》，江苏人民出版社2006年版，第285～288页。

其行为已违反《医疗器械监督管理条例》，该行为与刘某的死亡有直接因果关系。在对刘某的治疗过程中，某市人民医院也存在用药及措施不当的情形。2002年4月9日，刘某家属向某市人民法院起诉，要求人民医院赔偿。

某市人民医院认为，本病例不属于医疗事故，旧导管已经消毒，符合无菌操作的原则，患者死亡与使用旧导管无因果关系。治疗过程及用药等情况，均有病因档案等书面材料记载。原告在提起诉讼前即于2002年4月5日向法院申请对由某市人民医院保存的刘某的病历进行证据保全。起诉后，原告又申请对病历文字形成时间进行笔迹鉴定。法院在接到原告的诉前证据保全的申请后，立即裁定对涉案的所有书面材料进行保全，在双方当事人均在场的情况下，对这些资料逐一核对、登记和签字认可。在清点过程中，发现病历中的部分文字存在改动迹象，对于原告有争议的部分病历记载，人民法院予以批注。在诉讼中，并经双方当事人同意，共同委托某政法学院司法鉴定中心进行笔迹形成时间的鉴定。司法鉴定中心确定送检材料存在改动情形，且修改时间与原始记载的笔迹形成时间不同。最终，法官采信了原告提供的证据，判决被告败诉。

【要点】

本案所反映的是在医疗事故案件中，如何防止医疗机构篡改病历的问题。

【评析】

发生医疗纠纷后，对于双方当事人，特别是对于患者及其亲属来说，无论通过医患双方的自愿协商，或是由有关部门进行调处，乃至通过诉讼途径解决，证据都是极其重要的。特别是在双方无法达成一致意见的情况下，寻求司法程序解决纠纷就很难避免。作为对案情本一无所知的人民法院，只有通过对当事人举证责任的分配和对当事人所举证据的审查判断，才能达到案件事实的目的。如果负有举证责任的当事人无法提供证据或提供的证据不能达到证明之

目的，他就应承担不利的法律后果。病历作为医疗事故鉴定的重要依据，在处理医疗损害赔偿纠纷时也属于非常重要的证据，如果医疗机构利用其掌管病历资料的优势地位，擅自涂改、伪造、毁损病历资料，将会导致认定医疗损害的因果关系及过错要件的证据不存在或证据不足，可能会使患者或其家属的合法权益受到无端的侵害。因此，患者及其家属应善于运用法律的规定，及时固定有关证据，防止医院做出不利于患者的违法行为。而实际上，患者及其家属利用自己的力量来进行“私力救济”往往是无能为力的。所以，其可以通过申请证据保全来实施“公力救济”，从而最大限度地保护自己的合法权益。

所谓证据保全，是指当事人对在诉讼上欲加以利用的证据，担心以后有灭失或妨碍使用之隐患，而请求有关机关预先调查，并用一定形式将证据形式或内容固定保存下来，以供证明主体分析、认定案件事实时使用的一种措施。保全证据是收集证据的一个重要内容，是收集证据不可分割的一个组成部分。如果在证据有可能灭失或妨碍使用时不及时保全证据，日后可能无法收集到能够证明案件事实的证据，这将使当事人和法院无法认定案件事实或使认定的事实与真实情况不符，负有举证责任的一方当事人将会受到难以弥补的损失。证据保全，既可以在诉讼前进行，也可以在诉讼中进行，医疗纠纷证据的保全主要是在诉讼前进行，原因是这类证据产生于医疗活动中，并具有较强的时间性，尽管《医疗事故处理条例》规定，发生医疗事故争议的，有关死亡病历记录、疑难病历讲座记录、上级医师查房记录、会诊意见、病程记录应当在医患双方在场的情况下封存和启封，但在实际中，一旦真正发生了医疗纠纷，出于自身利益的考虑，医院一方往往并不会完全按照上述规定执行，原因是医院掌管着这些资料，而患者对之并不知晓。因此，为了公平和公正起见，应由有权力的第三人对这些材料进行固定最为合适。本案中，原告在与被告发生争议，尚未进入诉讼之时，即申请对患者刘某的住院病历等进行了封存，尽管此前医院已经对部分病历记载进行了更改，但从整体上看，还是维持了资料的完整性，避免了医

方可能进行的伪造、毁损等更为恶劣的行为发生，对此，原告不失为明智之举。

当然，为了固定证据，患者或家属申请法院进行证据保全是一种办法，但这必须以其在规定的时间内（15日内）向该法院提起民事诉讼为条件。如果在这个期间内申请人未提起诉讼，则法院将解除保全措施。所以患者或其家属采取这一取证方式时应考虑是否选择诉讼程序解决纠纷，或者已经做好了诉讼的准备，从而避免在保全之后又不提起诉讼，这不仅浪费时间和金钱，同时也可能“打草惊蛇”。如果患者暂时不想提起诉讼，但又想固定相关证据，则可以在冲突未发生或尚未激化时，通过法律赋予自身的权利进行取证，即向医院申请调阅、复制相应材料。根据《医疗事故处理条例》第10条规定：“患者有权复印或复制其门诊病历、住院志、体温单、医嘱单、化验单（化验报告）、医学影像检查资料、特殊检查同意书、手术同意书、手术及麻醉记录单、病理资料、护理记录以及国务院卫生行政部门规定的其他病历资料。患者依照前款规定要求复印或复制病历资料的，医疗机构应当提供复印或复制服务并在复印或者复制的病历资料上加盖证明印记。”在尚未发生争议时，医院方可能弄不清患者接下来可能要采取的步骤，故其一般不会轻易地对这些资料动手脚，所以患者可以一边与之协商，一边通过这种合法且较温和的方式取得上述证据。

8. 在医疗事故案件中，如何否定被医疗机构篡改的病历？[①]

【案情】

2000年9月22日，赵某因颈椎病到被告中医院由医生顾某复诊，在接受颈部局部封闭注射治疗时，当即出现昏迷、意识丧失的症状。医院保存的顾某所作门诊病历记载：“复诊检查为双肩前压痛，左侧颈部5、6横突间压痛，诊断为颈椎病。予以2%利多卡因2毫升，确炎松2毫升作颈部局部封闭注射（用5号针在颈部5、6

---

① 朱建新主编：《民事取证方略—来自审判实践中的方法总结》，江苏人民出版社2006年版，第288~291页。

横突间后正中线左侧旁开 1.5 厘米处进针）。”

2000 年 9 月 26 日，赵某转中华急诊医学会脑复苏中心治疗，该中心专家会诊意见认为：“病人局部封闭时，部位近颈后中线，随即心跳呼吸停止，并有蛛网膜下出血和昏迷；患者蛛网膜上腔出血与封闭穿刺和药物注射有关，可能伤及局部血管，呼吸心跳停止和昏迷，可能为注射伤及延髓生命中枢。”

2001 年 6 月 7 日，赵某死亡。2001 年 11 月 19 日的法医学鉴定结论为“医疗意外”，但提出“局封闭时赵某所出现的临床症状与封闭注射在时间上有关联性。”赵某家属遂认为赵某的死亡与中医院封闭注射位置不当有关，诉至法院要求中医院赔偿。

中医院则认为，依据门诊病历记载，封闭注射的进针位置为颈部 5、6 横突处，此处进针不会伤及延髓生命中枢，导致立即昏迷的严重后果，故而拒绝赔偿。

为此原告请朋友通过正常门诊找顾某治病，并获取了两份顾某为他人看病时形成的门诊病历，与这两份病历相比，中医院在本案中所保存并提供给法院的病历字迹工整、病人主诉病情详细、诊断治疗方案详尽、主治医院签署全名。而原告提供的两份病历的诊疗时间在赵某之后，书写字迹潦草、病人主诉病情简略、诊断治疗方案描述简单、主治医生落款仅为其姓——顾。很明显，争议病历与另两份病历在书写认真程度、繁简程度、书写习惯及签名上存在显著的差异。作为同一医生书写的病历，原告提供的两份门诊病历更为真实可信，更能反映顾某在诊疗时书写病历的真实情形，而争议病历是赵某昏迷后被告提供的，不足以使人对其记载的内容产生真实可信的确信。因此原告所提供的证据，足以使法官相信，对争议病历的怀疑是建立在合理基础之上的。

【要点】

本案所反映的是在医疗事故案件中，如何否定被医疗机构篡改的病历的问题。

【评析】

根据《医疗事故处理条例》的规定，大部分对于医疗事故鉴定具有决定性影响的病历资料都是由医院来保存的。虽然《医疗事故处理条例》同时规定了相关医疗机构伪造、涂改病历的惩治措施，但常常因患者取证困难，而不能从根本上杜绝医疗机构在发生医疗事故后为逃避责任而伪造、涂改病历资料的行为。

通常情况下，当患者方对医院提供的病历资料存在怀疑时，其就必须举证证明这份病历资料已经被伪造或涂改。通常人们会考虑申请笔迹鉴定。这种方法对于患者方来说实际上存在许多烦恼，首先，患者方需要提出申请并垫缴鉴定费；其次，患者方鉴定知识的空白导致其对鉴定后果预期的不确定,在申请鉴定面前犹豫不决,徒增烦恼;再次患者方的弱势地位必然决定了其对医院对于鉴定程序的影响的担心,由此患者方对于鉴定结果会产生不信任感;最后鉴定耗时长,不能满足患者方迅速解决纠纷的要求。

本案中，原告所采用的病历取证方法操作简便，成本低廉，成功率高。但这两份病历只是使法官对医院提供的病历产生了合理的怀疑而不予采信，并非直接推翻了医院提供的病历。如果存在一份能够否定医院病历的司法鉴定，则证明力就会大大增强，两者相互印证，足以推翻被告方的主张。

六、劳动争议案件证据指南

1. 工资被冒领，应当由谁承担举证责任?

【案情】

李某是一家工厂的会计兼出纳。2004 年 2 月某日，一名妇女来到李某的办公室，声称自己是该企业职工杜某的妻子，现在代丈夫来领取工资，并拿出了刻有杜某名字的印章及杜某的户口簿。李某翻开工资表，进行核对后了解到，杜某确系该企业职工，2003 年度工作了 308 个工日，应获取工资报酬 8350 元；2004 年春节期间，杜某被单位安排到外地工作，未能回家领取 2003 年度的工资。妻子帮丈夫领工资本是正常的事，李某没有多想，在杜某的工资表上盖上该妇女提供的印章后，就将杜某的工资存单交给了该妇女。2004 年 3 月某日，杜某突然来到公司，说要领取上年度的工资。公司相关人员向杜某说明工资已被其妻取走的情况，但杜某当即予以否认，双方为此发生纠纷。经劳动争议仲裁委员会仲裁，认定杜某的工资已经支付。杜某对劳动争议仲裁委员会的仲裁决定不服，向人民法院提起诉讼。某企业在答辩中向法庭提供了盖有杜某印章的工资表复印件。

【要点】

本案所反映的是工资被冒领，应当由谁承担举证责任的问题。

【评析】

依照《劳动法》的规定，某企业应给付杜某报酬是没有争议的。

现在主要争议的是合同履行应由谁举证的问题。合同是否履行发生的争议，是指一方当事人主张合同尚未履行，要求对方当事人履行合同上的义务，而对方则抗辩说合同义务已经履行，或者认为合同已不具有履行效力。

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第5条第2款规定："对合同是否履行发生争议的，由负有履行义务的当事人承担举证责任。"具体而言，负有履行义务的当事人只要证明了下列事实之一，就表明他人的履行请求权不复存在：（1）债务已经按照约定履行，即清偿；（2）合同解除；（3）债务相互抵销；（4）债务人依法将标的物提存；（5）债权人免除债务；（6）债权债务同归于一人。在本案中，负有履行合同义务即给付工资义务的某企业除了向法庭提供盖有杜某印章的工资表复印件之外，未能提供其他证据。仅凭刻有杜某名字的印章，显然不能证明债务已经履行。因为私人印章在现实生活中存在被他人私刻的可能。在没有当事人的授权委托书等证据印证的情况下，印章不足以证明当事人委托他人领取工资的事实。在这种情况下，某企业未充分举证证明上述6种情形之一存在，因此，人民法院应当依法判决其承担继续给付杜某工资的义务。

日常生活中，家属代领工资的现象确实比较普遍，人们也习以为常。但在习以为常中，人们往往忘记了按法操作，因此埋下了隐患。然而这种问题是可以避免的。当有人代领工资时，一定要坚持要其出具委托人的授权委托书。即便是当事人的家属，也一定要求其家属在工资表上签字或按手印。一般情况下，除对当事人的印章比较熟悉并有把握外，仅仅要其家属盖印章是不妥当的。由于法律对私人印章的刻制程序未作严格规范，伪造私人印章的情况时有发生，故私人印章的证明力相对较低。

2. 在因解除劳动合同引起的争议中，举证责任如何分配？

【案情】

李某是某大学毕业生。经过千辛万苦，李某终于找到了一份工

作，与某企业签订了劳动合同。劳动合同约定：李某的试用期为6个月；试用期工资为1000元。在试用期内，李某拼命工作，有活就抢着干，希望能给单位留下一个好的印象，不想失去这份来之不易的工作。但让李某担心的事情却发生了，在试用期的第5个月，单位人事部门通知李某，由于他在试用期内不能胜任自己的工作，单位决定解除与他的劳动合同。李某找到单位领导，询问自己有什么地方不能胜任工作，为什么被无故解除劳动合同。单位领导的态度十分蛮横："想开你就开你，还要什么理由吗?"李某觉得十分委屈。后来经人指点，他才明白：这家单位就是通过这种手段降低成本的。试用期的员工马上就要转正的时候，找个理由将其开除，然后再录用新的员工，还是给试用期的工资。明白了个中的奥秘后，李某决定用法律的武器保护自己的合法权益。李某向人民法院提起诉讼，要求某企业按照劳动合同的约定承担违约责任，给予自己赔偿。某企业答辩称：李某在试用期内不能胜任工作，单位解除与其签订的劳动合同，符合《劳动法》的有关规定，不属于违约。但某企业没有提供证明李某不胜任工作的任何证据。

【要点】

本案所反映的是在因解除劳动合同引起的争议当中，举证责任如何分配的问题。

【评析】

劳动合同是劳动者与用人单位建立劳动关系，明确双方权利义务的依据。《劳动法》对于劳动合同的签订和解除作出了详细的规定。按照《劳动法》的规定，劳动合同的解除主要有以下几种情况：(1) 经劳动合同当事人协商一致，劳动合同可以解除；(2) 劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：①在试用期间被证明不符合录用条件的；②严重违反劳动纪律或者用人单位规章制度的；③严重失职，营私舞弊，对用人单位利益造成重大损害的；④被依法追究刑事责任的。(3) 有下列情形之一的，用人单位可以

解除劳动合同，但是应当提前30日以书面形式通知劳动者本人：①劳动者患病或者非因工负伤，医疗期满后，不能从事原工作也不能从事由用人单位另行安排的工作的；②劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；③劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使原劳动合同无法履行，经当事人协商不能就变更劳动合同达成协议的。（4）用人单位濒临破产进行法定整顿期间或者生产经营状况发生严重困难，确需裁减人员的，应当提前30日向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见，经向劳动行政部门报告后，可以裁减人员。用人单位依据本条规定裁减人员，在6个月内录用人员的，应当优先录用被裁减的人员。

为了保护劳动者的合法权益，《劳动法》对解除劳动合同还作出了一定限制。根据《劳动法》的规定，劳动者有下列情形之一的，用人单位不得以有第（3）、第（4）种情况为由解除劳动合同：（1）患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的；（2）患病或者负伤，在规定的医疗期内的；（3）女职工在孕期、产假、哺乳期内的；（4）法律、行政法规规定的其他情形。同时，最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第6条规定："在劳动争议纠纷案件中，因用人单位作出开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生劳动争议的，由用人单位负举证责任。"之所以规定由用人单位对"开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定"承担举证责任，就是为了避免用人单位随意解除劳动关系或者减少劳动报酬等侵犯劳动者合法权益的行为。在本案中，用人单位在试用期内以李某不能胜任工作为由解除劳动合同。李某对用人单位的决定不服，向人民法院提起诉讼。按照上述司法解释的规定，用人单位在诉讼中应当举证证明解除劳动合同的法定事由：李某不能胜任工作情况的存在。但李某所在单位未能提供任何证据证明李某有不能胜任工作的情况，所以应当承担举证不能的败诉后果，按照劳动合同的约定给予李某违约赔偿。

3. 共同务工人员的证言能否作为有效证据使用?

【案情】

荀某、丁某、李某家住同一个村。2004 年春节过后，3 人相约结伴到城里务工。在某市，荀某 3 人找到了一份建筑工地上的工作。2004 年 6 月，荀某向人民法院提起诉讼，主张承包该工地的孙某拖欠其工资共计 5500 元，请求人民法院依法判决其履行给付义务。孙某答辩称：自己不是该工地的承包人，没有给付工资的义务。在庭审过程中，丁某和李某出庭作证，证明孙某拖欠荀某工资 5500 元，同时还拖欠自己的工资，分别为 2800 元和 3200 元。

【要点】

本案所反映的是共同务工人员的证言能否作为有效证据使用的问题。

【评析】

在本案中，荀某向法庭提供的证据是同村村民并和其在同一个工地工作的丁某和李某的证言，而且两人在作证过程中称：孙某除拖欠荀某的工资外，还拖欠自己数量不等的工资。在荀某未能提供其他证据的情况下，能否根据上述两名证人的证言认定其主张的事实，支持其诉讼请求呢?

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第 69 条第 2 项规定：“下列证据不能单独作为认定案件事实的依据：……（二）与一方当事人或者代理人有利害关系的证人出具的证言;”本案证人丁某和李某与荀某是同村村民，在同一工地干活，而且两人均称孙某拖欠其工资。由此看来，丁某和李某与荀某虽无共同利益，但有着相似的利益，应视为本案的利害关系人。故丁某和李某的证言不能单独作为认定案件事实的依据。从另一个角度看，如果丁某或李某以同一案由向法院起诉，向本案被告孙某追索劳动报酬，所谓的证据也必然是本案原告荀某和本案其他证人的证言。如此循环作证，

势必得出“原告的陈述就是证人证言”的结论。《民事诉讼法》第63条把证据分为7种，第4种证据为“证人证言”，第5种证据为“当事人陈述”，它们是两个不同的概念。“原告的陈述就是证人证言”这一结论显然与立法本义相矛盾，是站不住脚的。据此，应认定本案事实不清，证据不足，对荀某的诉讼请求应依法判决驳回。

从本案可以看出，农村外出务工人员要维护自己的合法权益，首先要提高自身素质，尤其是依法维权的能力。在务工过程中，要依法签订劳动合同，对拒不履行法律义务的用人单位要及时检举。只有这样，才能减少劳务纠纷。一旦发生纠纷，也可以使自己的合法权益得到有效的保护。

4. 公司代签劳动合同，如何举证维护自身权益？

【案情】

2000年林某进入公司工作，没有签订劳动合同。2001年公司为每个职员都拟定了一份3至5年不等的劳动合同。由于林某是公司的销售骨干，所以公司为林某拟定的劳动合同期限为5年。林某认为期限太长，拒绝在合同上签字，于是公司瞒着林某，指示当时林某的上司代替林某在上面签字。2002年，林某向公司递交了书面报告，提出与公司解除劳动关系。一个月后，公司没有任何回应。于是林某就不去上班了，并且要求公司结清工资，返还其档案材料。这时，公司以2001年的那份由当时林某的上司代林某签订的劳动合同没有到期为由，拒绝放人，并且要求林某赔偿提前解除合同给公司造成的损失。双方就此产生争议。

【要点】

本案所反映的是公司代签劳动合同，如何举证维护自身权益的问题。

【评析】

这是一起典型的由他人代为签订劳动合同引发的劳动争议案件。

我国《劳动法》17 条规定："订立和变更劳动合同，应当遵循平等自愿、协商一致的原则，不得违反法律、行政法规的规定。"公司出示的合同是公司单方面拟定的，林某不同意其中的期限条款，也没有在上面签字，这就证明了该劳动合同不是双方协商一致的结果。

依据劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第 16 条规定："职工被迫签订的劳动合同或未经协商一致签订的劳动合同为无效劳动合同。"所以，这份劳动合同是无效的。按照《劳动法》第 18 条的规定："无效的劳动合同，从订立的时候起，就没有法律约束力。"所以，林某不受那份劳动合同的约束。因此，也就不存在提前解除劳动合同给公司造成损失的说法了。

劳动部办公厅《关于劳动者解除劳动合同有关问题的复函》的规定，劳动者提前 30 日以书面形式通知用人单位，既是解除劳动合同的程序，也是解除劳动合同的条件。劳动者提前 30 日以书面形式通知用人单位，解除劳动合同，无须征得用人单位的同意。超过 30 日，劳动者向用人单位提出办理解除劳动合同的手续，用人单位应予办理。本案中，林某向公司递交了书面的辞职报告，并且在递交报告的之后一个月之内仍然照常上班，直到一个月后，公司仍然没有回应才停止上班的，并两次要求解除劳动合同以及返还个人档案材料。由此可见，林某解除合同的方式完全符合法律的要求，尽管公司不同意，但是双方的劳动关系自林某递交书面的辞职报告之日起一个月后就自动解除了，所以林某不用向公司支付任何经济赔偿金。综上所述，林某需要提供的证据包括：其一，那份并非林某本人签字的劳动合同和本人的签字样本，从而证明该合同不是双方协商一致的结果；其二，向公司递交的书面辞职报告；其三，公司尚欠林某的工资账单。

5. 没有订立劳动合同，劳动者如何证明劳动关系的存在？

【案情】

刘某的原单位早就处于停产状态，一分钱工资都没有发过，并

且连养老保险都欠缴两年多，只是劳动关系未解除。在这种状态下刘某在一家私企连续工作两年多，该私企和所有员工都没有签订劳动合同，可是最近私企老板口头通知刘某不用来上班了。在刘某与用人单位没有订立劳动合同的情况下，刘某如何主张自己与用人单位之间存在劳动关系？

【要点】

本案所反映的是没有订立劳动合同，劳动者如何证明劳动关系存在的问题。

【评析】

根据《劳动法》第2条第1款的规定："在中华人民共和国境内的企业、个体经济组织（以下统称用人单位）和与之形成劳动关系的劳动者规定，适用本法"。第16条规定："劳动合同是劳动者与用人单位确立劳动关系、明确双方权利和义务的协议。建立劳动关系应当订立劳动合同"。不难看出，根据《劳动法》的规定，劳动关系的确立是以劳动者与用人单位之间订立劳动合同为前提的，这里的用人单位包括在我国设立的私营企业。根据劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第2条规定的"中国境内的企业、个体经济组织与劳动者之间，只要形成劳动合同，即劳动者事实上已成为企业、个体经济组织的成员，并为其提供有偿劳动，适用劳动法"，这一条是关于事实上的劳动关系的规定。因此，对于劳动者和用人单位之间，即使没有订立劳动合同，但只有符合事实上的劳动关系，也可以适用《劳动法》的规定。

根据《劳动法》和劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》的规定，劳动关系有基于劳动合同而形成的，也有基于事实劳动关系而形成的。根据《民事诉讼法》第64条第1款之规定："当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。"刘某要主张其与该私营企业之间存在劳动关系，要么向法院提供其与用人单位之间的劳动合同，要么提供其与用人单位之间存在事实上

的劳动关系的证据。在这里，劳动合同具有直接证明的效力，只要刘某能够提供其与用人单位之间的劳动合同，刘某的举证责任就已经完成。

在本案中，由于刘某与用人单位之间并没有订立劳动合同，因而，其必须要提供与用人单位之间存在事实劳动关系的证据。根据证据的相关性原则，刘某可以提供如下证据来证明其与用人单位之间的事实劳动关系，如工资条、考勤卡、员工证等。另外，刘某也可以请和他一起工作的同事作为证人证明其与用人单位之间确实存在事实上的劳动关系。至于刘某在未解除与原单位的劳动关系的情况下，又与另一用人单位形成事实上的劳动关系，这并不矛盾。我国并没有法律禁止当事人不能同时订有两份劳动合同。根据民商法的基本原理，只要法律、法规没有明令禁止的事项，当事人都可以去做，并且在本案中两份劳动关系之间并无法律上和事实上的冲突。刘某的原单位已处于停产状态，这就意味着刘某的第一份劳动合同的主要义务已经被暂时免除，在不与这一合同义务相冲突的情况下，刘某完全有权支配他的时间，去参加另一份劳动，去体现宪法中"各尽所能"的劳动原则。

通过本案的分析，我们不难看出，劳动合同的订立对于劳动者的重要性，虽然我们国家的相关法律也承认事实上的劳动关系，但是，相比之下，如果劳动者与用人单位之间订有劳动合同的话，其只要提供劳动合同就可以证明劳动关系的存在，相反，如果没有劳动合同的存在，则劳动者要承担更重的举证责任来证明事实上的劳动关系的存在，这对劳动者是殊为不利的。当然，在用人单位与所有劳动者都没有订立劳动合同的情况下，仅仅某一个劳动者要求与用人单位订立劳动合同时，他的要求是很难实现的，毕竟劳动者是处于弱势的地位，因而，在此情形下，劳动者自己保存好能够证明自己与用人单位之间的事实劳动关系的各种证据，例如工资卡、员工证等就显得尤为重要了。劳动者自己必须注意保存这些东西，以免在以后可能发生的纠纷中，因没有证据证明与用人单位之间存在劳动关系而处于不利的地位。

6. 无故被单位解雇，劳动者在主张权利时应如何举证？

【案情】

张某于2001年1月23日与玻璃器皿公司签订了无固定期限的劳动合同。2002年8月19日，该公司突然对张某作出了《关于解除劳动关系的决定》，称张某“业务能力不强，销售业绩欠佳”。张某不服，于2002年9月16日向市劳动争议仲裁委员会提起申诉。张某在向仲裁委员会申请仲裁时，应该提供什么样的证据来支持自己的主张？

【要点】

本案所反映的是无故被单位解雇，劳动者在主张权利时应如何举证的问题。

【评析】

根据《劳动法》第25条规定：“劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：（一）在试用期间被证明不符合录用条件的；（二）严重违反劳动纪律或者用人单位规章制度的；（三）严重失职，营私舞弊，对用人单位利益造成重大损害的；（四）依法追究刑事责任的。”第26条规定：“有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同，但是应当提前三十日以书面形式通知劳动者本人：（一）劳动者患病或者非因工负伤，医疗期满后，不能从事原工作也不能从事由用人单位另行安排的工作的；（二）劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；（三）劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使原劳动合同无法履行，经当事人协商不能就变更劳动合同达成协议的。”根据最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第13条规定：“因用人单位作出的开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬，计算劳动者工作年限等决定而发生的劳动争议，用人单位负举证责任。”所以用人单位要开除张某，必须要基于符合《劳动

法》第25条、第26条法定解除的事由才能作出，否则，用人单位的解除行为无效，并要赔偿由此而给张某带来的损失。

根据以上相关法律的规定，对于张某而言，他有义务向仲裁委员会提供的证据仅仅在于用人单位解除合同的事实，以及由此而给自己带来的损失。本案中，由于用人单位已经对张某作出了《关于解除劳动关系的决定》，因此，对于用人单位解除合同的事实，张某应该向仲裁委员会提供这份决定书，而对于自己的损失，包括工资、销售提成、休假工资以及被中断的社会保险等，则只要证明用人单位没有支付就行了，因此，张某只要举证证明解除劳动合同的事实、受到损失的事实，他的举证责任就已经完成。至于举证证明张某有符合法定合同解除情形的责任，则由用人单位承担。在本案中，用人单位仅仅以“业务能力不强，销售业绩欠佳”为由就解除了与张某之间的劳动合同，很显然不符合法定劳动合同的解除情形。因此，在仲裁过程中，用人单位如果不能向仲裁委员会提供证据证明张某存在符合劳动合同法定解除的事实的话，用人单位就要承担举证不能的法律后果，用人单位应该撤销解除合同，并赔偿由此而给张某带来的损失。作为用人单位而言，是不可以轻易解除其与劳动者的劳动合同的。法律明文规定了用人单位解除劳动合同的法定情形，用人单位只有在劳动者符合法定解除的情形下，才可以作出解除劳动合同的行为，同时还有责任向劳动者说明其解除合同的理由。在发生纠纷诉至法院或由仲裁机构仲裁时，劳动者只要向法院或仲裁机构证明劳动合同解除的事实存在就可以了。当然，如果劳动者要求用人单位赔偿由此而给自己带来的损失的话，则需要举证其损失与单位解除合同之间的因果关系。

7. 被用人单位克扣工资，劳动者在主张权利时应如何举证？

【案情】

宋某于1994年10月由部队转业到大华集团工作，系大华集团的正式员工，宋某与大华集团未订立劳动合同。1996年3月，大华集团

成立保险代办处，宋某被派至保险代办处工作，担任党支部书记，后因保险代办处的效益不好，大华集团于2000年6月决定减少保险代办处的职员，宋某就是被减人员之一，从而直接导致宋某至今没有工作岗位，也没有工资。宋某认为大华集团克扣其2000年4月的工资568元，克扣其5月的工资1068元，克扣其6月工资1268元，并向法院起诉要求大华集团返还克扣的工资，但是未向法院提供相关证据。那么，宋某若要使法院支持其主张，应承担什么样的举证责任？

【要点】

本案所反映的是被用人单位克扣工资，劳动者在主张权利时应如何举证的问题。

【评析】

根据《民事诉讼法》第64条第1款之规定："当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。"在本案中，宋某提出的请求是要求大华集团返还被克扣的4至6月工资共计2904元。据此，本案中，宋某的举证责任有以下：（1）举证证明自己与大华集团的劳动关系；（2）举证证明大华集团克扣工资的事实。虽然第一个举证比较简单，但是这项举证义务的完成却是该案件存在纠纷的前提，因为只有在双方存在劳动关系时，才有可能存在用人单位克扣劳动者工资问题。

本案中，由于宋某与用人单位大华集团之间没有订立书面的劳动合同，因此宋某需要通过其他证据证明双方之间存在事实上的劳动关系。宋某提供的证据可以是大华集团的裁员通知、工资条、保险代办处党支部书记的任命书、员工证等。对于这个举证责任，应该比较简单，宋某只要向法院提供这些证据就可以完成自己的举证义务。如果在诉讼中，用人单位并不否认两者之间存在劳动关系，宋某的这项举证义务可以免除，因为根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第8条第1款的规定："诉讼过程中，一方当事人对于另一方当事人陈述的案件事实明确表示承认的，另一方当事人无需举证。但涉及身份关系的案件除外。"本案的关键在于第二

个举证责任的承担上，这也是双方存在争议的焦点。宋某可以向法院提供公司以前没有克扣工资时的每个月的工资条，通过这些工资条来确定公司给他的每个月的工资总额，然后向法院提供4至6月份的工资条，通过证明它们之间的差额来证明自己的主张。在这里，如果大华集团认为其已经足额支付了宋某的工资的话，根据“谁主张、谁举证”的原则，大华集团也负有向法院提供其已足额支付了宋某工资的证据。比如，大华集团可以把4至6月份的支付给宋某的工资记录提供给法院，以此来抗辩宋某的主张。

根据本案所提供的事实我们不难看出，宋某在向法院主张大华集团克扣其4至6月份的工资时，并没有向法院提供支持自己的主张的证据，并没有完成自己的举证的义务，因而，宋某要承担举证不能的法律后果，也就是说，宋某的主张不能得到法院的支持，要承担败诉的不利后果。

通过分析，可以看出劳动者在用人单位克扣自己工资的时候，如果索赔无果，可以向法院提出自己的主张。但是，劳动者在提出自己的主张时，必须向法院提供证据，否则就要承担举证不能的法律后果，劳动者就会因此而败诉，并要支付诉讼费用。这对于劳动者而言是非常不利的。但是法律讲的是证据，没有证据证明的主张不能得到法院的支持。所以，即使是用人单位真正存在克扣劳动者工资的情况，如果劳动者没有证据来证明，其被克扣的工资也可能得不到。所以，劳动者在平时的工作中，一定要注意收集各种可以证明自己得到不公正待遇的证据。

8. 劳动者与用人单位对劳动报酬和休息休假没有约定，应当如何处理？[①]

【案情】

某建筑公司为建设济南某小区楼房，从汶上、泰安、平阴、济

① 本案摘选自黄城建主编：《劳动法新释与例解》，中国法制出版社2000年版，本书在使用时加以改编。

阳等地招来民工，从 1995 年 2 月开始动工。建筑公司和很多民工都没有签订书面合同。工程开始后的 6 个月，建筑公司按月支付工资，但从 8 月份开始一直拖欠工资。民工们每天从工区借饭票维持生活，有的不想干了，便空手回了老家，有的人拿不起路费，只好在工地上泡。民工们经常每天工作 11 至 13 个小时，星期天和节假日也不休息。快过年了，民工们还拿不到工资，心里非常着急，有的民工曾想罢工以示抗议，但想来想去，觉得不妥，在申请仲裁未果后，他们决定向法院起诉。截止 1996 年 2 月 11 日，法院已受理了 82 名民工的起诉。

法院接到民工的诉状后，即向该建筑公司的负责人和财务科、预算科工作人员了解情况，他们都承认欠民工 1995 年 9 月至 12 月的工资合计 30 万元左右。原因有三：一是公司内部有"一年三清"的规定，即每年麦前、完秋、年底清三次工资；二是出于管理需要，防止民工拿工资不干活回老家，影响工和进度；三是资金比较紧张。但他们讲，只有 2 月 12 日工程验收结束，13 日就发工资并放假过年。至于休息日、节假日的问题，因为是建筑部门，没有休息星期天和节假日的惯例。

法官向建筑公司有关人员指出：《劳动法》第 19 条规定，"劳动合同应当以书面形式订立"所以你公司与工人口头形式订合同显然违法；《劳动法》第 50 条规定："工资应当以货币形式按月支付给劳动者本人。不得克扣或者无故拖欠劳动者的工资。"建筑公司以所谓"一年三清"的规矩拖欠工资是不对的。法官还依照《劳动法》对民工提出的劳动工时和节假日休息等问题，一一作了解释。《劳动法》第 39 条规定：因生产特点不能实行 8 小时工作制和每周至少休息一日的，"经劳动行政部门批准，可实行其他工作和休息方法"；《劳动法》第 41 条规定："用人单位由于生产经营的需要，经与工会和劳动者协商后可以延长工作时间，一般每日不得超过一小时；因特殊原因需要延长工作时间的，在保障劳动者身体健康的条件下延长工作时间每日不得超过三小时，但每月不得超过三十六小时。"

经过法官们宣讲《劳动法》，此案处理得较为顺利。2 月 13 日，

民工们排队等候在法庭门口，领到了盼望已久的劳动报酬。

【要点】

本案所反映的是劳动者与用人单位对劳动报酬和休息休假没有约定，应当如何处理的问题。

【评析】

本案虽判决于1996年，但其判决结果与基于《劳动合同法》得出的判断结果一致。本案中，用人单位与劳动者之间无书面的劳动合同，更无明确的关于劳动报酬和休息休假的规定。双方没有重新协商的可能，同时又没有订立集体合同，因此，对于劳动报酬争议的处理应当适用同工同酬，对于劳动条件的处理应当适用国家有关规定。案中主要涉及的问题是劳动报酬、工作时间和休息休假，这两个内容在《劳动法》上都有明确的要求，当事人之间即使签订了书面劳动合同也不能改变法律的规定。因此，对本案的处理，在无合法的补充协议和集体劳动合同的情况下，劳动报酬应当适用同工同酬，劳动条件应当适用国家有关规定，主要指我国《劳动法》的明文规定。

首先，本案中被告的劳动报酬支付方式不合法。各种规章制度、工作纪律、管理办法等的制定，可以让用人单位各项工作有章可循，生产得以正常运行，但被告某建筑公司对劳动报酬支付方式进行了“一年三清”的内部规定，即每年分三次支付农民工工资，违反了《劳动法》第50条“不得克扣或者无故拖欠劳动者的工资”的规定，侵犯了劳动者的合法权利。该内部规定不得对抗法律的强制性规范，应属无效，应当适用同工同酬的原则确定劳动报酬。

其次，某建筑公司与民工间没有关于工作时间和休息休假的明确规定，而是事实上招用的民工经常日工作量达到11至13小时，星期天和节假日也不休息。某建筑公司解释为建筑部门没有休息星期天和节假日的惯例。但是，所谓“内部规定”“惯例”等都不能对抗法律的规定。我国《劳动法》第四章关于工作时间和休息休假

中规定：每日工作8小时的工作制度和每周至少休息1日、法定节假日休假的制度。本案中，某建筑公司以其所谓“惯例”侵犯了劳动者的休息休假权，又根据我国《劳动部关于执行劳动法的意见》第71条规定“企业确因生产经营的需要，必须延长工作时间，应与工会和劳动者协商”，并应以保障劳动者身体健康为前提条件，最多每天加班不得超过3个小时，每月加班不得超过36小时。可见，某建筑公司违法延长了民工的每日工作时间，同样侵犯了劳动者的合法权益。按照我国《劳动法》第44条的规定，延长劳动者的工作时间，由劳动行政部门给予警告，责令改正，并可以处以罚款。

需要说明的一点是，本案中合同形式要件的欠缺虽然没有对劳动合同关系成立产生影响，口头订立的合同虽然灵活、简便，但不便于履行、监督和检查；书面合同严肃、慎重，便于履行、监督和检查，特别是在合同发生纠纷后，书面的合同便于举证和处理。因此，依《劳动法》第10条第1款的规定，建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。

然而，本案中某建筑公司招用民工进行工程建设，虽然没有订立书面劳动合同，但建筑公司和民工之间已经存在权利义务关系，建立起了劳动关系。本《劳动法》第10条第2款“已建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同”，根据此规定，某建筑公司与其招用的民工之间以口头形式订立合同且没有于用工之日起一个月内补签书面合同的行为，违反了《劳动法》对劳动合同形式的要求。在对纠纷的处理上，人民法院并没有因为某建筑公司与其所招用民工间是口头合同而宣布其无效，一方面说明了口头合同并不是绝对的没有法律效力，而是只要用人单位和劳动者之间意思表示一致，劳动合同就可以成立；另一方面说明了权利义务内容比较简单的劳动关系，双方当事人可以采用口头形式订立，如短期的招工。事实上，《劳动法》也没有对采用口头形式订立劳动合同规定任何法律责任。

本案中，某建筑公司所招用的民工人数较多，逐一协商一致签订劳动合同不便利且低效。这种情况下，可以由建筑公司设立统一

的格式合同，并与民工逐一签订，或者根据《劳动法》的规定，通过建筑公司和民工的代表签订集体合同的办法订立书面劳动合同，确立劳动合同关系，以受到法律更为全面的保护。

9. 在试用期内，用人单位能否随时与劳动者解除劳动关系？

【案情】

赵某于2007年3月29日到某公司工作，双方签订了试用协议书，试用协议书的期限为3个月。按照某公司下发的《聘用岗位和薪酬说明》的规定，赵某担任某公司办公室秘书的职务，年薪30000元，每月实发工资2000元，试用期月工资1400元，其余部分按年发放。2007年5月20日，某公司向赵某下发了《解聘员工通知单》，其中载明该公司系因业务紧缩，不需要此岗位人员而辞退赵某，该通知单上除了公司领导签字外，没有该公司的公章。赵某认为自己工作尽心尽力，并没有过错，故不同意解除劳动关系。在多次协商无效后，赵某向区劳动争议仲裁委员会提出申诉。仲裁过程中，某公司并未举证证明赵某不符合录用条件的事实存在。

【要点】

本案所反映的是在试用期内，用人单位能否随时与劳动者解除劳动关系的问题。

【评析】

试用期是指用人单位和劳动者建立劳动关系后为相互了解、选择而约定的不超过6个月的考察期。它是双方劳动关系存续期间的一种特殊表现形式。试用期也属于劳动关系存续期间，因此双方的劳动权益同受劳动法、劳动合同法及其相关规定的保护。《劳动合同法》对劳动关系双方分别规定了试用期内解除劳动关系的条件。对于劳动者方面解除劳动合同的，该法第37条规定：“……劳动者在试用期内提前三日通知用人单位，可以解除劳动合同。”劳动者不需

任何附加条件，用人单位不得要求劳动者支付职业技能培训费，还应按照劳动者的实际工作天数支付工资。对于用人单位方面解除劳动合同的，该法第39条规定："劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：（一）在试用期间被证明不符合录用条件的；（二）严重违反用人单位的规章制度的；（三）严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；（四）劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；（五）因本法第二十六条第一款规定的情形致使劳动合同无效的；（六）被依法追究刑事责任的。"第40条规定："有下列情形之一的，用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同：（一）劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；（二）劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的……"第21条规定："在试用期内，除劳动者有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形外，用人单位不得解除劳动合同。用人单位在试用期解除劳动合同的，应当向劳动者说明理由。"实践中，劳动双方在有试用期约定的情形下，极易导致争议产生的是双方对"不符合录用条件"有不同的理解。对此，双方可以在约定试用期时一并对录用条件进行明确的约定，若没有约定，应当由人民法院或者劳动争议仲裁机构综合衡量劳动者所在具体工作岗位的要求与劳动者工作能力之间的匹配程度来认定。劳动者在试用期内的工作表现被证明不能满足所在工作岗位要求的，可以认定劳动者不符合用人单位"录用条件"。这里所说的"录用条件"，既包括岗位要求的个体业务能力，也包括劳动者的团队协作能力，甚至包括劳动者的工作态度等细节，但用人单位必须证明这些能力与劳动者所在岗位的工作之完成具有密切的关联性。用人单位要证明劳动者在试用期内是否符合"录用条件"，必须依据劳动者在试用期内的工作表现，并经过一定的考核程序，在一定的期限内作出是否符合的结论，否则试用期一届满即视为劳动者符合用人单位的"录用条件"。

劳动部办公厅《〈关于如何确定试用期内不符合录用条件可以解除劳动合同的请示〉的复函》曾指出，对试用期内不符合录用条件的劳动者，企业可以解除劳动合同；若超过试用期，则企业不能以试用期内不符合录用条件为由解除劳动合同。

本案中，赵某工作尽心尽力，并没有过错。某公司也并未举证证明赵某不符合录用条件的事实存在。因此，该公司单方面解除与赵某试用期协议的决定，没有事实和法律依据，应当予以撤销。

10. 用人单位与劳动者约定“生死条款”，是否具有法律效力？

【案情】

2006年2月24日，陈某来到某压延厂打工，与压延厂签订了一份用工合同，其主要内容为：厂部所有员工都属合同制人员……全厂职工都必须严格按照操作规程安全生产，若发生意外工伤事故，工资发至当日当班，工伤事故严重致残者，一次性发给补助费3000元。2007年4月20日晚11点左右，陈某在厂里与另一名工人一道拾铁水，当他们将滚烫的铁水从炉内往外倾倒时，四处乱溅的高温铁水突然溅到陈某右眼内，未戴防护面具的陈某顿时惨叫一声，昏倒在地。陈某的右眼伤势较重，尽管医院全力救治，但已无法重见光明。最后，陈某只得同意接受右眼球摘除手术。住院期间，陈某向压延厂借1200元用于住院治疗。当地劳动鉴定委员会鉴定为“残疾程度五级”。事故发生后，陈某多次要求压延厂给予赔偿，压延厂表示愿意为陈某继续安排工作，在扣除陈某所借的1200元后一次性支付1800元补助金，此后不再承担其他费用。陈某认为压延厂从事的是高度危险的高温作业，在右眼失明的情况下，自己根本不可能继续胜任该厂工作，遂拒绝压延厂安排工作，并要求压延厂直接支付伤残抚恤金等赔偿费。在压延厂没有任何回应的情况下，陈某向劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请。

【要点】

本案所反映的是用人单位与劳动者约定“生死条款”，是否具有法律效力的问题。

【评析】

劳动合同中出现的诸如“劳动中发生的疾病、伤残、死亡，一律由本人自负，用人单位不承担任何责任”的条款，被称之为“生死条款”。“生死条款”源于我国古代的“与人无干、死生自负”的约定。本案中，用人单位压延厂与劳动者陈某所签订的劳动合同中的“若发生意外事故，工资发至当日当班，工伤事故严重致伤者，一次性发给补助费3000元”的条款，尽管与“一律由本人自负，用人单位不承担任何责任”略有不同，但在性质上基本相同。因此，本案中，双方当事人在劳动合同中对工伤待遇的约定当属“生死条款”一类。对于此类条款，最高人民法院曾针对有的企业在推行经济承包过程中，在承包合同中订立“工伤自理”“工伤概不负责”条款的现象，在（1998）民他字第1号司法解释中批复：“这种行为既不符合宪法和有关法律规定，也严重违反社会主义公德，应属无效的民事行为。”劳动部《关于企业内部个人承包中保险待遇的问题的复函》也指出：企业内部承包合同中关于“伤残由个人负责”的条款不具有合法性。《劳动合同法》第3条第1款规定：“订立劳动合同，应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则。”第26条规定：“下列劳动合同无效或者部分无效：（一）以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的；（二）用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的；（三）违反法律、行政法规强制性规定的。对劳动合同的无效或者部分无效有争议的，由劳动争议仲裁机构或者人民法院确认。”可见，陈某与压延厂在劳动合同中对劳动者因工造成伤害后有关补助标准的约定，明显违反国家法律的有关规定，不应受到法律保护。

国务院《工伤保险条例》第34条规定："职工因工致残被鉴定为五级、六级伤残的，享受以下待遇：（一）从工伤保险基金按伤残等级支付一次性伤残补助金，标准为：五级伤残为16个月的本人工资，六级伤残为14个月的本人工资；（二）保留与用人单位的劳动关系，由用人单位安排适当工作。难以安排工作的，由用人单位按月发给伤残津贴，标准为：五级伤残为本人工资的70%，六级伤残为本人工资的60%，并由用人单位按照规定为其缴纳应缴纳的各项社会保险费。伤残津贴实际金额低于当地最低工资标准的，由用人单位补足差额。经工伤职工本人提出，该职工可以与用人单位解除或者终止劳动关系，由用人单位支付一次性工伤医疗补助金和伤残就业补助金。具体标准由省、自治区、直辖市人民政府规定。"根据上述规定，本案中，原告陈某应当享受下列工伤待遇：从工伤保险基金按伤残等级支付一次性伤残补助金，五级伤残标准为16个月的本人工资；保留原告陈某与用人单位的劳动关系，由用人单位安排适当工作；如果用人单位难以安排陈某工作的，由用人单位按月发给伤残津贴，五级伤残标准为本人工资的70%，并由用人单位按照规定为其缴纳应缴纳的各项社会保险费。伤残津贴实际金额低于当地最低工资标准的，由用人单位补足差额；如果原告陈某本人提出解除劳动合同，可以与用人单位解除或者终止劳动关系，由用人单位支付一次性工伤医疗补助金和伤残就业补助金，具体标准按省、自治区、直辖市人民政府的规定。因此，劳动争议仲裁委员会应当裁定支持陈某的仲裁请求。

11. 职工签收终止劳动合同通知书，能否表明劳动关系解除？

【案情】

张某于2004年6月受聘于某公司，双方签订了为期两年的劳动合同。2006年6月，劳动合同到期。由于公司业务较为繁忙，双方没有解除劳动关系，同时也没有续订劳动合同。2007年4月，某公

司向张某下发了《终止劳动合同通知书》，张某在通知书上签了字。此后，张某在办理工作移交手续期间，因病住院治疗。张某向某公司提出：暂缓解除劳动关系，顺延至医疗期满。某公司认为，张某已经在《终止劳动合同通知书》上签字，双方的劳动合同关系已经解除。张某在劳动合同关系解除后患病，与公司无关，公司不能给予其医疗期待遇。张某向当地劳动争议仲裁委员会提请仲裁，请求依法维护其合法权益。

【要点】

本案所反映的是职工签收终止劳动合同通知书，能否表明劳动关系解除的问题。

【评析】

劳动部《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》第14条规定："有固定期限的劳动合同期满后，因用人单位方面的原因未办理终止或续订手续而形成事实劳动关系的，视为续订劳动合同。用人单位应及时与劳动者协商合同期限，办理续订手续。由此给劳动者造成损失的，该用人单位应当依法承担赔偿责任。"在本案中，张某与某公司的劳动合同于2006年6月到期，由于公司业务繁忙，双方没有办理终止劳动合同手续，张某继续在某公司工作，按照上述规定，应当视为当事人双方续订了劳动合同。在劳动合同存续期间，劳动者的权益受到法律保护，未经当事人协商一致或者具备法律规定的事由，用人单位不得擅自解除劳动合同。

我国《劳动合同法》第36条规定："用人单位与劳动者协商一致，可以解除劳动合同。"张某在接到某公司下发的《终止劳动合同通知书》后，在通知书上签字，并随后办理工作移交手续，说明当事人双方已经就解除劳动合同达成了合意，同意解除劳动合同关系。但这并不表明双方的劳动合同关系自张某在通知书上签字时起就已经解除。在通知书上签字实际意义是表明张某已经收到了用人单位下发的通知。《劳动合同法》第50条第1款规定："用人单位应当在

解除或者终止劳动合同时出具解除或者终止劳动合同的证明，并在十五日内为劳动者办理档案和社会保险关系转移手续。”因此，劳动合同的解除应当履行一定的法律手续。在办理劳动合同解除手续即正式解除劳动关系之前，劳动者与用人单位之间的劳动关系仍然有效存在。在本案中，张某在办理工作移交手续过程中患病，由于当事人双方还没有正式解除劳动关系，因此，张某仍然属于在劳动合同有效期间患病。

我国《劳动合同法》第42条规定：“劳动者有下列情形之一的，用人单位不得依照本法第四十条、第四十一条的规定解除劳动合同：……（三）患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的……”所谓“医疗期”，按照劳动部《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》第2条的解释：“医疗期是指企业职工因患病或非因工负伤停止工作治病休息不得解除劳动合同的时限。”在此期间，用人单位不得依照《劳动合同法》第40条、第41条的规定解除劳动合同。“劳动法律、法规之所以对医疗期作出规定，究其原因，主要是为劳动者在患病时期提供物质保障，解决劳动者的后顾之忧，消除社会不安定因素。”① 劳动部《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》第3条规定：“企业职工因患病或非因工负伤，需要停止工作医疗时，根据本人实际参加工作年限和在本单位工作年限，给予3个月到24个月的医疗期……”并对不同情况下的医疗期作出了具体规定。

在本案中，虽然张某已与用人单位就解除劳动合同达成了合意并开始办理工作移交手续，但由于用人单位没有给张某开具解除劳动合同的证明，且张某是在移交工作的过程中患病，双方的劳动关系还没有正式解除。因此，张某仍然属于在劳动合同有效期间患病，按照《劳动法》和有关规定，应当享受医疗期待遇，由某公司发给病假期工资、疾病救济费并报销医疗费。本案也不属于劳动合同期限届满，按照合同约定解除劳动关系的情况，因为张某与某公司在原劳动合同到期时，没有及时办理解除劳动合同的手续，张某继续

① 万羽主编：《劳动纠纷案例精选精评》，江西高校出版社2000年版，第50页。

在某公司工作，虽然没有办理续订劳动合同的手续，但按照劳动部《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》的规定，视为续订劳动合同。原劳动合同期限已经失去法律效力。即使是在劳动合同到期的情况下，按照《劳动合同法》第45条“劳动合同期满，有本法第四十二条规定情形之一的，劳动合同应当续延至相应的情形消失时终止”的规定，劳动合同的期限应自动延续至医疗期满。因此，劳动仲裁委员会应当支持张某的请求。

12. 劳动合同期满后，劳动者是否有自由择业的权利？

【案情】

2002年3月，张某与某制药厂签订了为期5年的劳动合同。在合同期间，张某表现突出，受到制药厂领导的重视，并成为技术骨干，为制药厂的发展作出了重要的贡献。2007年3月15日，合同到期，双方并未重新签订劳动合同，张某继续在制药厂工作，厂方也期望其继续留在本厂工作，并且仍按照劳动合同的约定，支付张某工资。2007年5月20日，在另一家制药厂的招聘会上，由于张某精通业务，该制药厂打算高薪聘请张某为顾问。于是，张某决定辞去原来的工作，担任新制药厂的顾问。回到原制药厂后，张某向厂领导说明情况，要求调动工作。原制药厂以本厂工作离不开张某的指导为由，拒绝了张某提出的辞职要求。厂方同意与张某继续签订劳动合同，并增加工资，张某不同意。他认为，自己与原制药厂的合同已经到期，制药厂无权限制其调动工作，而且自己已经同另一家制药厂签订了劳动合同，不去参加工作就要承担违约责任。原制药厂为了留住张某，拒绝调动张某的人事档案。张某遂向当地劳动争议仲裁机构提起申请，请求裁定原制药厂为自己办理人事档案和社会保险转移手续。

【要点】

本案所反映的是劳动合同期满后，劳动者是否有自由择业的权

利的问题。

【评析】

本案是一起因为劳动合同期限届满，劳动者提出解除劳动合同，终止劳动合同关系，另谋职业，被用人单位拒绝而引发的劳动争议。我国《劳动法》第3条第1款明确规定，劳动者享有平等就业和选择职业的权利。《劳动合同法》第44条规定："有下列情形之一的，劳动合同终止：（一）劳动合同期满的；（二）劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的；（三）劳动者死亡，或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪的；（四）用人单位被依法宣告破产的；（五）用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散的；（六）法律、行政法规规定的其他情形。"劳动合同期限届满，应即终止执行。由于生产工作需要，在双方完全同意的条件下，可以续订合同。由此可以看出，在当事人双方约定的劳动合同期限届满时，双方约定的劳动权利义务关系即行终止，各方都有是否继续签订劳动合同的权利，在此种情况下，任何一方都不能违背对方意愿，强迫签订劳动合同。如果双方愿意继续签订劳动合同，必须本着双方权利义务平等的原则，重新签订劳动合同。在本案中，用人单位某制药厂与劳动者张某于2002年签订了为期5年的劳动合同，2007年3月劳动合同到期。但是在劳动合同到期后，双方并未续签劳动合同，虽然张某继续在制药厂工作，但是，双方的劳动合同已经终止，双方的权利义务关系即行结束。在此情况下，张某就可以依法另谋职业，与其他用人单位签订劳动合同。《劳动合同法》第50条第1款规定："用人单位应当在解除或者终止劳动合同时出具解除或者终止劳动合同的证明，并在十五日内为劳动者办理档案和社会保险关系转移手续。"因此，张某与另一家制药厂签订劳动合同，要求原制药厂为其办理调动手续，是符合法律规定的，原制药厂应当予以办理，不能加以拒绝。所以张某的请求应当得到劳动争议仲裁机构的支持。

七、储蓄纠纷案件证据指南

1. 储户存折与银行取款凭条上记载的取款金额不同，以何为准？

【案情】

农民杨某在当地某农村信用社开设有一活期储蓄存款账户，存款余额为3200.76元。2002年3月7日，杨某到该信用社要求取款，信用社工作人员为其填写了取款凭条，内容为：支取金额大写“伍仟元正”、小写“5000元”，余额“2700.76元”。杨某在该取款凭条的储户印鉴处签上其名字。同时，信用社工作人员在杨某的活期存折上用手工填写了相关内容，具体是：2002年3月7日，支取金额“500元”，余额“2700.76元”。杨某取得现款后，便离开了该信用社。后来，双方为杨某2002年3月7日取款，得到的是5000元还是500元的问题发生争议。信用社认为2002年3月7日杨某到信用社要求取款500元，信用社工作人员在为储户代填取款凭条时误填为取款‘5000元’，并按凭条上的取款金额支付了5000元现金给杨某，因而杨某多得的4500元为不当得利款，应予返还，遂一纸诉状将其告上了法庭。

【要点】

本案所反映的是储户存折与银行取款凭条上记载的取款金额不同，以何为准的问题。

【评析】

在民事经济活动中，公民或法人均有可能因失误而多交付款项或财物给对方，对此法律规定了不当得利返还制度予以救济和弥补。但是主张他人不当得利的一方，必须要有充分的证据证实双方之间有不当得利事实存在，否则将得不到法律的支持。本案的关键性证据是存折和凭条，而两者在金额上不一致，因而对两者如何取舍是解决本案争执的关键。

1. 关于凭条与存折的效力谁更高的问题

凭条和存折是储蓄关系双方当事人针对存取款事实而相互出具的凭证，两者均是反映存取款事实的合同凭证，因而两者的地位、作用与效力应当是相同的，并无谁的效力更高之说。在本案中，对3月7日发生的取款事实，取款凭条反映的是取款“5000元”、存折反映的是取款“500元”。虽然取款凭条经由储户杨某签名确认，但是存折也是经信用社工作人员签发的，故不能以凭条金额对抗存折金额。

2. 关于杨某在取款凭条上签名的行为性质问题

一般而言，民事主体在民事活动中的签名，是主体意思表示的外在形式，表明其对民事行为的确认、认可。但是，本案属于不当得利纠纷。不当得利返还制度的要旨，就是对因民事主体一方的失误使该方失去财物、对方得到财物而导致的不当状态的否定和纠正，是对民事主体失误行为的救济。信用社主张因自己工作失误而多付款给储户，即因工作失误而付给储户超过存折取款金额的款项。那么，储户也可以主张因自己失误而对取款凭条内容未认真审查即签名认可。法律是公平的，它不可能仅仅认可和救济某单位的失误，而对某公民个人的失误视而不见。

3. 关于取款凭条是否存在瑕疵的问题

杨某2002年7月3日取款的取款凭条，从该凭条的内容上看，取款额“5000元”、余额“2700.76元”，而杨某此次取款前的实际余额为3200.76元，则取款凭条上的取款金额“5000元”与凭条上

注明的取款后余额“2700.76元”相矛盾。从该凭条的形式上看，取款凭条虽经储户签名，但是其内容毕竟是由信用社工作人员填写，不能排除储户对凭条内容未经认真审查而予以签名的可能性。本案杨某2002年3月7日取款的取款凭条，无论是在内容上还是在形式上均存在瑕疵。与这张具有瑕疵的取款凭条相比，杨某此次取款的存折，完全由信用社工作人员填写签章，并且取款前余额、取款金额、取款后余额三者之间能相互吻合，即该存折在形式及内容上均无瑕疵。故取款凭条的“取款金额”不足以否认存折的“取款金额”。综上所述，信用社仅凭其持有的取款凭条，不足以证明储户获得了不当得利的事实。由于信用社对其事实主张，不能提供充分的证据予以证实，故其应当承担举证不能的不利后果。

2. 储户持有对自己不利的证据而拒不提供的，如何处理？

【案情】

2004年6月某日，阮某到某支行下属储蓄所办理异省现金通存业务。阮某将3万元现金及本人的储蓄卡交给储蓄所工作人员存款，工作人员对该卡进行电脑存款操作，在刷卡时，电脑显示交易未成功，随后工作人员又对该卡刷卡，由于网络不支持，电脑显示交易又未成功，当工作人员进行第三次操作时，交换站已经停机，交易仍然未成功。此时，阮某拿出妻子贾某的储蓄卡，重新填写了存款凭条，要求将钱存在此卡上，这次操作后电脑终于显示交易成功。次日，省分行发现储蓄卡出现错账，经核查原始交易流水记录，发现错账出现在前一日对阮某的储蓄卡的交易上。阮某将钱存入自己的储蓄卡上时，电脑显示三次交易无效，但是总行原始交易流水记录中反映，第一笔实际已经交易成功。但由于电脑网络系统出现的差错，储蓄所工作人员误以为对阮某的储蓄卡存款交易未成功，转而对贾某的储蓄卡进行存款操作，结果阮某只交了3万元现金，工作人员却在其提供的两张储蓄卡上重复存款，多存了3万元。存款次日，阮某及其妻子贾某分别从各自的储蓄卡上支取了3万元。某

支行向人民法院提起诉讼，要求阮某返还多支取的3万元。某支行向法庭提交了银行的原始交易流水记录、网络差错明细表、存款凭条等证据。阮某对某支行主张的事实予以否认，并对银行提交的上述证据提出异议，认为上述证据的来源是某支行或其上级单位，均属银行系统内部所提供证据，与某支行有利害关系，不应作为有效证据使用。但阮某拒不向法庭提交其持有储蓄卡、存款凭条等证据。

【要点】

本案所反映的是储户持有对自己不利的证据而拒不提供的，如何处理的问题。

【评析】

在本案中，阮某持有储蓄卡、存款凭条等重要证据，却不向法庭提供，对这种情况应当如何处理呢?

本案是由于银行储蓄卡所引起的纠纷，由于储蓄卡具有存单的性质，该案适用最高人民法院《关于审理存单纠纷案件的若干规定》。根据该规定第5条第2款，人民法院在审理一般存单纠纷案件中，除应审查存单、进账单、对账单、存款合同等凭证的真实性外，还应审查持有人与金融机构间存款关系的真实性，并以存单、进账单、对账单、存款合同等凭证的真实性以及存款关系的真实性为依据，作出正确处理。可见，存单凭证的真实性以及是否存在真实的存款关系是解决存单案件的关键所在。在本案中，阮某未向法庭提供包括储蓄卡、存款凭条在内的任何证据。根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》）第75条的规定，有证据证明一方当事人持有证据无正当事由拒不提供，如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人，可以推定该主张成立。阮某持有储蓄卡、存款凭条等证据，却拒不向法庭提供，而某支行提供的原始交易流水记录、网络差错明细表、存款凭条等证据，证实阮某持有的存款凭条是一张存入3万元在贾某储蓄卡上的存款凭条。由此可以推定，阮某共存入3万元人民币在某支行处的

事实。

根据《证据规定》第70条的规定，一方当事人提出的下列证据，对方当事人提出异议但没有足以反驳的相反证据的，人民法院应当确认其效力：书证原件或者与书证原件核对无误的复印件、照片、副本、节录本……阮某虽然对某支行提供的证据提出了异议，但却未向法庭提供任何证据证明自己的主张。某支行提供的证据虽是本单位或其上级单位出具，但这些证据之间能相互印证，环环相扣，已经形成了证据锁链，对这组证据应当予以认定。据此可以认定：阮某欲以自己的储蓄卡在某支行下属的储蓄所存入3万元，由于电脑网络系统出现差错，本已经存入阮某卡中的3万元，电脑却显示交易失败，致使当事人双方确信阮某储蓄卡上的交易无效。后阮某填写了存入3万元在妻子贾某卡上的存款凭条，储蓄所工作人员又将3万元重复存入贾某的卡上，该存款凭条是某支行真实意思的表示，双方由此建立的存款关系真实有效。存入阮某卡中的3万元，由于电脑网络系统出现差错造成未入账的假象，以致双方信以为真，重新建立将款存入贾某储蓄卡的存款关系。对电脑显示交易不成功的阮某储蓄卡中的款项，双方不存在真实的存款关系，阮某在自己储蓄卡上支取的3万元存款属不当得利，应予返还。

3. 银行的"同步录像"的证明力如何判定？

【案情】

2004年4月某日，秦某到某储蓄所存款。在递进填写数额为9万元的缴款单后，秦某将现金交给柜台储蓄员朱某。朱某清点完毕扎成捆后放在柜台上，核对了所缴款与缴款单数额后，在缴款单上加盖了银行收讫章。缴款后，秦某离开了储蓄所。若干分钟后，朱某再次对秦某所交款项进行清点，发现少1万元。朱某立即报告储蓄所负责人。柜台同步监控录像显示，朱某对秦某所交款项进行清点后，将其分为8捆。储蓄所负责人协同朱某一同找到秦某，要求将缴款单上数额变更为8万元，秦某未予认可。双方多次协商未果，

某储蓄所以所属支行的名义向法院提起诉讼，认为当事人在建立储蓄存款合同关系的过程中，储蓄员对标的物的数量认识上存在错误。根据金融机构的操作规定和日常习惯，每捆现金为1万元。储蓄员误将8捆认作9捆，在秦某提交的金额为9万元的缴款单上加盖了银行印章。该错误直接加重了银行的义务，符合民法上重大误解的特征。因此，请求将缴款数额由9万元变更为8万元。某储蓄所提交了同步录像作为证据。秦某认为，储蓄所的录像只能证明储蓄员将其所交款分成8捆，但不能证明每捆数额均为1万元。某储蓄所主张每捆现金为1万元，是基于金融机构的操作规定和日常习惯。这种认识是以“应然”为前提，来推知“实然”与“应然”必定一致的思维方式，在逻辑上不能成立。秦某向法庭提交了银行盖章的缴款单作为证据。

【要点】

本案所反映的是银行的“同步录像”的证明力如何判定的问题。

【评析】

在本案中，银行方面提交了同步录像作为证据，对该证据的证明力该如何认定呢?

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》）第64条规定：“审判人员应当依照法定程序，全面、客观地审核证据，依据法律的规定，遵循法官职业道德，运用逻辑推理和日常生活经验，对证据有无证明力和证明力大小独立进行判断，并公开判断的理由和结果。”在本案中，银行方面举出的证据是同步录像，秦某举出的证据是银行加盖了印章的缴款单。前份证据证明：储蓄员在对秦某提交的现金进行清点后分为8捆，后一份证据证明：秦某缴纳的现金为9万元。对第二份证据的真实性双方都无异议，但对同步录像由于没有其他证据证明，而且又是银行单方面进行的取证，其证明力显然要比缴款单小得多。从另外一个角度看，秦某将钱交给银行的储蓄员，储蓄员怎样点、捆，秦某都无权

干涉。对存款人来说，其唯一的目的是双方对现金的数额达成一致认识，完成存款。某银行用每捆1万元人民币是金融机构操作规定和日常习惯进行抗辩，是不能成立的。理由是：这种日常习惯和操作规定是银行的内部规定，其只能要求自己的工作人员执行和遵守，对银行之外的人没有约束力。因此，银行方面提交的同步录像不能证明其主张的事实。《证据规定》第2条规定："当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。"银行方面应当承担举证不能的责任和不利的诉讼后果。

在本案中，某银行主张其储蓄员在清点储户缴纳的现金，建立存款合同关系的过程中存在重大误解，并以此为由要求变更存款数额。所谓重大误解，是指行为人因对行为的性质、对方当事人、标的物的品种、质量、规格和数量等的错误认识，使行为的后果与自己的意思相悖并造成较大损失的情形。根据最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第73条及《合同法》第54条的规定，对重大误解的民事行为，当事人请求变更的，人民法院应当予以变更。重大误解概念中的数量认识错误，针对的是标的物数量较多情况下产生的认识错误，当事人因此而作出不真实的意思表示。在本案中，储蓄员朱某的行为不属于重大误解。一方面，朱某用目测点款显然违规，银行的操作规范是要求柜员对现金眼到手到、眼手同步；另一方面，对是8捆还是9捆，作为一个正常人，在通常情况下是非常容易分清的。更何况是负有特定职责的银行工作人员，产生误解的几率很小。所以，朱某的行为不构成重大误解。

4. 现金初点后移至银行监控录像盲区细点，存款数额的举证责任如何承担？

【案情】

白某是某企业的销售员。退休后，白某通过自己原来的客户关

系做起了生意。2004 年 5 月，白某做成了一笔汽车配件生意，收入颇丰。由于对方是以现金付款，收款后，白某立即携带巨额现金到开户银行存款。白某将 25 沓面值为 100 元的现金交给了银行的储蓄员。储蓄员对白某交存的现金的沓数进行清点后，即将现金移至柜台后的桌子上拆沓进行清点。在清点过程中，储蓄员发现现金的数额为 24.3 万元，而不是 25 万元。双方为此而发生争执。白某向人民法院提起诉讼，要求某银行赔偿 7000 元。某银行答辩称：现金清点过程始终在白某的视线内，不可能出现部分现金被转移的情况，因此，应当认定白某交存的现金为 24.3 万元。白某主张其交存的现金为 25 万元，但未提供充分证据，对其请求应当予以驳回。当事人双方对现金清点过程的陈述一致。银行的监控录像显示，储蓄员对白某交存的现金进行初步清点后将现金从柜台上移走，对现金进行进一步清点的桌子在监控录像探头的监视范围之外，无法显示现金拆沓清点的过程。某银行承认储蓄员将现金移至银行监控录像监视范围之外进行清点，违反了金融机构的有关规定。

【要点】

本案所反映的是现金初点后移至银行监控录像盲区细点，存款数额的举证责任如何承担的问题。

【评析】

根据“谁主张，谁举证”的原则，白某主张自己的存款数额为 25 万元，显然应当为此提供相应的证据。问题是，在本案中仅有当事人双方对存款过程的陈述和银行的监控录像，根据这些证据，能否认为白某的举证责任已经完成，银行应当对白某交存的现金不是 25 万元提供证据。如果白某的举证责任未完成，在白某不能提供其他证据的情况下，就应当承担举证不能的不利诉讼后果；如果根据当事人双方对存款过程的一致陈述和银行的监控录像认定白某对其主张的事实的举证责任已经完成，某银行就应当就自己主张的事实提供证据，在其不能举出有力证据的情况下，也将承担不利的诉讼

后果。这涉及到上述证据是否达到了法律要求的证明标准的问题，即按照证据法的要求，上述证据是否足以证实白某主张的事实。

根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》，我国民事诉讼采取的证明标准是“高度盖然性”的标准，也就是说，从当事人提供的现有的证据分析，对争议的事实还不能达到让法官坚信不疑的程度，其他可能性还没有完全排除，但是该事实的发生具有较高的盖率，在所有的证据已经穷尽，当事人不能再提供进一步的证据，而法院也不能依据职权搜集更多的证据的情况下，可以认定当事人主张的事实达到了证明标准的要求，予以认定。对证明标准应当从两个方面来理解：一是证据与争议事实之间的联系应当达到什么程度才能认定案件事实，也就是法官认定案件事实的最低证明要求；二是当事人举证达到什么程度才算完成了举证责任，将举证责任转移给对方当事人。案件事实的认定实际上就是举证责任在当事人之间循环往复不断转移的过程，当承担举证责任的一方当事人对自己主张的事实不能提供证据或者所提供的证据不能达到证明标准的要求的时候，就要承担举证不能的不利诉讼后果。

在本案中，白某主张自己的存款数额为25万元。除了当事人双方的陈述和银行的监控录像之外，本案没有其他证据。这些证据证明白某交存的现金经过初步清点后被储蓄员移到银行监控录像的监视范围之外。从这些证据分析，白某交存的现金已经得到了银行工作人员的初步确认，此后，银行工作人员违反银行的有关管理规定，将现金移出了银行监控录像的监视范围之外。白某作为一名普通储户，不可能了解金融机构关于现金清点的专业规范，也就不可能对银行工作人员的违规操作提出反对意见。因此，对于存款数额最终无法查清的情况，白某是没有过错的。某银行对此负有直接责任。结合案件的整体情况分析，当事人双方对存款过程的一致陈述和银行的监控录像证明白某的存款数额已经得到银行方面的初步确认，存款数额无法查清是由于银行方面的过错造成的，由于该过错，白某无法再提供其他确凿证据证实其存款的数额，证据已经穷尽。因此，可以认定上述证据达到了法律规定的证明标准的要求，白某对

自己主张的事实的举证责任已经完成。此时，举证责任转移到了银行方面。在银行不能就其主张的事实提供有效证据的情况下，就应当承担举证不能的不利后果。

5. 在清点现金过程中擅自将储户存款转付他人，是否应当承担举证责任？

【案情】

向某是一家企业的负责人。2004 年第二季度，企业盈利状况不错，向某满怀欢喜带着赢余款到某银行办理存款手续。但让他始料不及的是，存款过程中发生的意外让他所在的企业和银行对簿公堂。事情的经过是这样的：在向某办理存款手续的过程中，该银行的营业员李某负责清点现金。在清点现金的过程中，银行的另一名营业员赵某提出需取用其中 10 万元现金，李某表示同意，赵某即从向某的存款中取走了 10 万元现金。清点完毕后，李某声称向某的存款金额为 20 万元，向某则拿出自己用大小写填好的 25 万元存单交于李某。双方对此争执不下。接到报案的公安机关与银行工作人员对李某柜台里的存款、取款及库存现金进行盘查清点后认为，李某收支金额与微机系统内存数额相一致，公安机关遂作出决定让农行开具 20 万元存单，5 万元款差额由向某自行承担。向某不服，向人民法院提起诉讼，要求某银行赔偿 5 万元。在案件审理过程中，当事人双方对该银行另一名营业员赵某当场提走 10 万元现金没有争议。从银行录像监测系统无法观察出向某交给李某的现金数额是 20 万元，还是 25 万元，也未能显示向某填写存单是在赵某提款之前或之后。

【要点】

本案所反映的是在清点现金过程中擅自将储户存款转付他人，是否应当承担举证责任的问题。

【评析】

在本案中，银行的营业员在清点向某缴纳的存款过程中，允许

其他营业员从中提走部分现金。此后，双方对存款数额发生争议。在对李某柜台里的存款、取款及库存现金进行盘查清点后，确认李某收支金额与微机系统内存数额相一致。对于其他营业员当场提走的现金数额，当事人双方也没有争议。在这种情况下，该如何处理呢？

有人认为，应当判决驳回向某要求某银行赔偿5万元的诉讼请求。理由是：首先，向某所持金额为25万元的存单是向某自己填写的，在本案中，没有相关证据证明向某提交的存款确系25万元，也就是说，向某对自己主张的事实所提供的证据未能形成证据锁链，该事实没有得到有力的证明；从银行录像监测系统无法观察出向某交给的李某现金数额是20万元，还是25万元，也未能显示向某填写存单是在赵某提款之前或之后。因此，向某提交的存款的金额究竟是25万元，还是20万元，不能确认；其次，公安机关和银行的工作人员在对李某柜台里的存款、取款及库存现金进行盘查清点后，确认李某收支金额与微机系统内存数额相一致。双方当事人对赵某当场提走现金10万元也没有争议；第三，该纠纷是在李某办理存款业务的过程中发生的，李某不可能有机会将5万元现金转移他处。向某作为公司经理，应当知道李某在未办完储蓄存款手续前将款转付他人的行为有背金融管理规定而不劝说、制止，不能排除其恶意欺诈的可能性。根据上述理由，可以推定向某存款为20万元。李某违章操作，工作存有失误，但不能将此作为要求某银行赔偿5万元的定案依据。因此，对向某的诉讼请求应当予以驳回。这种意见看似有一定的道理，但仔细分析起来，却是不妥当的。

第一，某银行不能举出有力证据证明向某存款确系20万元而不是25万元。李某作为国家金融机构工作人员，应恪尽职守，严格按照现金出纳柜员管理办法办理存款手续。李某在违背先审查储户缴款凭证，后进行储户交存现金初点、挑残和保管规定的前提下，收取储户存款。按照举证责任的要求，某银行应当对储户存款的数额提供有力证据，证明向某的存款确系20万元，而在本案中，某银行却举不出有力证据加以证明。第二，李某未办理储蓄合同之前擅转

储户存款属侵权行为。按照《中国建设银行金库管理制度（试行）》及《中国建设银行金库中管理操作规程》有关条款的规定，收款员收支款项收必复点、付必复核，未经清点，不得转付。金融机构在未交付储户存款凭证之前，款项的所有权仍属储户。某银行在与向某的储蓄合同未成立之前，擅支储户存款，既违背上述规定，又是一种严重的侵权行为。由侵权行为产生的法律后果应由某银行承担。第三，该纠纷因李某违章操作所致，在某银行无正当理由证明向某恶意欺诈情况下，银行应负法律责任。李某虽有过错，然其行为属职务行为。因此，应当判决某银行赔偿 5 万元。

八、旅游消费纠纷案件证据指南

1. 在旅游纠纷中，如何证明旅游购物时受到胁迫?[1]

【案情】

2004年末，游客王某参加了某旅行社组织的港澳3日游。按照旅行社提供的日程表，第二天为游客自由购物时间。然而，导游纪某在未征询游客意见的情况下，径自将全团游客带到香港某金店内，称此处为全香港最好的金店，游客在此消费可以享受一定的折扣，希望大家认真挑选，不要错过机会。王某等在店内稍作停留后，即提出此行并不想购买黄金制品，要求按行程表上的安排自由购物。导游纪某对此不置可否，王某等遂准备自行离开。然而出门时才发现，店铺大门紧锁，有两名保镖模样的人在门口虎视眈眈。王某等惊恐之余，欲求助导游纪某，却发现纪某已不见了踪影。王某等要求店员开门放行，却无人理睬，而大门则始终紧闭。双方僵持了近3个小时，最后全团每位游客购买了3000余元的商品后，才得以离开。

王某等回家后，发现其所购买的黄金制品的价格高于香港同类商品的平均价，王某等遂与旅行社进行交涉，要求其协助游客向金店退货或返还同类商品的差价。旅行社认为，其并不是商品的销售者，不应承担责任，游客可以直接与金店联系，在协商无果的情况下，王某等将旅行社和金店共同诉至法院。

---

① 朱建新主编:《民事取证方略—来自审判实践中的方法总结》，江苏人民出版社2006年版，第333~334页。

王某等认为，金店是商品的销售者，而游客是由旅行社的导游纪某带到该店的，对此后发生的强迫消费行为持有明知或至少说是放任的态度，其与金店共同实施了侵犯消费者自主选择商品和服务等权利的行为，构成了共同侵权，因此应共同承担侵权责任。而旅行社则认为，商品价格有差异是市场经济造成的，游客并没有直接的证据证明其在金店内的消费系受到胁迫所为，况且即使受到了胁迫，也是商铺的行为，与旅行社无关。因此王某以旅行社为被告于法无据，要求旅行社共同承担责任更是无从说起，要求驳回王某的诉讼请求。纪某也出庭作证称，游客购买商品时他一直在店内并未离开，没有见过强迫消费的情形。而香港某金店则认为，其从来没有实施过强迫游客消费的行为。

为此，王某向法院申请，要求从移动公司调取其在香港旅游行程第二日所有的通话记录。通话记录表明，其在当天下午曾数次拨打一个电话号码，但均未接通，而该号码的主人正是纪某。同时王某向法院提供了其购物当日用手机拍摄到的该金店内情况的照片。由于手机像素较低，照片不很清晰，但仍能清楚地看到两个大汉把住出口，数十名游客排队付款的现象。手机的录音功能也帮助王某录下了其当时向店员要求离开该店而店员称："再多看看，买了东西就可以走了"，以及王某询问店员纪某的去向，店员称"不知，没有看到"的对话。

【要点】

本案所反映的是在旅游纠纷中，如何证明旅游购物时受到胁迫的问题。

【评析】

旅游途中遭遇的风险带有偶然性和不可预料性。在人身或财产权利受到突然的侵害时，如何利用现有条件，最大限度地取得证据、固定侵权行为的实施过程及实施结果，对于本来怀着兴奋和愉快心情外出旅行的游客来说无疑是一种挑战。只有及时地调整心态，利

用一切可以利用的条件取得对自己有利的证据，游客才有可能在将来的索赔或诉讼中占据主动地位。

在民事诉讼中，原告对于遭遇被告“胁迫”的主张往往由于时过境迁而无法寻找物证。尤其是在类似本案的旅游购物过程中，从表面上看，发票是正规的，商品的价格并没有高得很离谱，游客的人身也没有丝毫受到侵害的迹象，游客被迫消费之后，货款已经结清，店门已经开启，一切强迫的痕迹都已烟消云散。游客在这种情况下，往往面临无证可举的境地。在一般情况下，游客往往只能通过寻找证人的方式进行举证。但是通常情况下游客之间并不熟识，而游客信息由旅行社所掌握，是否能寻找到当时共同遭受侵权的人员，对原告来说是一个未知数。同时由于游客同为受害人，属于法律上所说的与原告有利害关系的人，因此其证词在没有其他相关证据佐证的情况下，不能被法院采信认定为案件的唯一依据。

本案中原告利用通讯工具的基本功能即通话功能，反复拨打导游的电话，以证明导游不在现场的事实以及游客急于向导游求助的迫切心情，同时利用通讯工具的附加功能即摄影和录音功能，真实记录了游客人身自由受到限制的现场情况。以上证据与证人证言一起构成了一个完整的证据链，足以使法院相信，王某是在受到胁迫的情况下，购买了香港某金店的货品。此种取证方法操作简便，几乎不需要成本，在手机这种通讯工具较为普及的今天是一种值得推荐的取证方式。

值得注意的是，游客在旅游途中对遭遇侵权所取得的证据，应当是一套完整的、能够相互印证的，而不是孤立的相互之间无关联性可言的证据。根据我国《民事诉讼法》的规定，证据可分为书证、物证、证人证言、视听资料、当事人陈述、鉴定结论和勘验笔录等。虽然同为证据的合法形式，但各种证据的证明力是有差异的。依照最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第70条的规定，对于书证、物证原件，或与其核对无异的复制件、照片等，以及人民法院依照法定程序制作的对物证或现场的勘验笔录等，人民法院应当认定其证明力，而对于视听资料，只有在有其他证据佐证并以合

法手段取得、没有疑点的情况下，才能被法院认定其证明力。因此游客在采取录音、摄像等方式取证时，必须注意与其他相关证据的一致性及取证手段的合法性。

2. 在旅游纠纷中，如何证明没有损坏旅游宾馆内的物品？

【案情】

2004年10月9日，张先生参加了某旅行社组织的活动，因飞机误点，旅游团于当晚11时到达桂林，在旅行社的安排下，11时40分入住了当地某酒店，因团员人数为单数，考虑到张先生在团员中年纪最大，安排其住单间。第二天早晨旅游团离开酒店前往旅游景点。在旅行社统一交房卡结账时，宾馆服务员经检查发现张先生所住房间茶几边上的地毯上有一处被烟头烧坏，在茶几底下又发现一个烟头，遂要求张先生赔偿。张先生辩解说自己到宾馆很快就睡觉了，自己也不会抽烟，所以不可能是自己所致，不同意赔偿。但酒店认为，每一个顾客退房后服务员均要进行仔细检查，如果发现有物品损坏即提出赔偿要求，所以张先生应当证明地毯不是其烫坏的，否则应当赔偿。为此双方发生争执，酒店表示如不赔偿将不予结账。为了不耽误全团的行程，张先生只好支付了200元赔偿金，但同时表示要讨个说法，就将涉嫌的那个烟头捡起，用塑料袋装好，贴好封条，并由张先生和同行游客王某和林某在封条上签名，并让导游保管，表示今后讨说法时作为证据使用。

旅行结束后，张先生遂向法院起诉，要求宾馆返还支付的赔偿金。酒店认为，《客房物品损坏赔偿价目表》张贴在客房门后醒目处，顾客关门即可看到，顾客入住后应当对客房内物品进行检查，发现有损坏即应立即向服务员提出，否则视为客房内物品完好。张先生入住后至离开，都未提出异议，表明张先生入住前客房内物品未损坏，所以张先生应当负赔偿责任。为此，张先生的代理律师通过以下方法取得了相关证据：

1. 请求法院调取张先生所在旅游团入住酒店登记的电脑资料，

以证明张先生入住酒店时间为晚上 11 时 40 分，张先生房间有客人来访的可能性小。

2. 向同团游客王某、林某进行调查，并申请王、林出庭作证，以证明游客领到房卡后自行进入房间，没有酒店服务员引路，更没有酒店人员向游客提醒房内物品损害后如何赔偿，并要求游客在入住前进行检查。

3. 提交病历一份及张先生同事证言，以证明张先生 3 年前因病部作过部分切除手术，未发现张先生工作期间吸烟。

4. 将封存的烟头提交并申请鉴定，鉴定结论是该烟头过滤嘴上残留物为口红。

法院经审理认为，原告方提交的证据足以表明原告本身不可能抽烟，而原告入住时间与离开酒店的时间表明原告朋友前来探望时抽烟的可能性不大，在酒店与原告未约定对酒店物品如何赔偿达成协议且交接酒店物品的情况下，酒店主张是原告损坏了客房内物品依据不足，因此判决酒店返还张先生已支付的赔偿款。

【要点】

本案所反映的是在旅游纠纷中，如何证明没有损坏旅游宾馆内的物品的问题。

【评析】

酒店因客房物品损坏要求游客赔偿的事件经常发生，酒店的理由很简单，赔偿标准已告知顾客，服务员在客人退房时已作了检查，后来入住者未提出异议，就表示认可入住时房内物品完好无损，在客人离开时再发现物品损坏就是后住者的责任。这里首先要区分该赔偿责任是合同责任还是侵权责任。如果是合同责任，那么游客在未办理交接手续时即入住且未提出异议，表明其对合同权利的放弃，可以直接推定原来房内的物品是完好的，这种情况下酒店主张权利应当成立。但问题是本案能否认定是合同责任呢？回答是否定的。酒店只是在客房内张贴了赔偿标准，没有证据证明该赔偿标准已成

为酒店与游客订立的合同的一部分，该标准对游客不具有当然的约束力。所以酒店要求游客赔偿只能据以侵权责任。发生此类纠纷时，游客首先应当就纠纷的性质提出抗辩，而不能顺从酒店关于合同责任的主张，否则游客很难举证以免除自己的合同责任。在主张侵权责任的情况下，根据“谁主张谁举证”原则，酒店应举证证明游客实施了侵权行为，并在主观上就具有过错。而一旦游客能够证明自己没有过错，游客的责任就得以免除。

本案原告举证只是一种可能性，即不能绝对地排除原告或来访朋友抽烟，而酒店的举证也只是一种可能性，也不能绝对地排除服务员上次检查的失误。但相比之下原告之证据比酒店提供的证据更具有优势，更使法官相信原告侵权的可能性很小，而酒店方上次检查失职的可能性很大。此时原告已达到证明目的，因为根据司法解释的规定，双方当事人对同一事实分别举出相反证据，但都没有足够的依据否定对方证据的，人民法院应当结合案件情况，判断一方提供的证据的证明力是否明显大于另一方提供的证据的证明力，并对证明力较大的证据予以确认。因此，在发生纠纷时，一定要依据民事行为成立的要件，提出合理的抗辩主张，提出证明自己不承担责任的相关证据。

为了避免在住宿过程中损坏客房物品而承担损害赔偿责任，甚至掉入住宿宾馆、酒店事先设好的陷阱，游客在入住宾馆客房时，应当认真检查客房的各项物品和设施是否完好无损，对存在损坏或损坏危险的物品和设施及时向宾馆的管理、服务人员进行反映，防止出现酒店设施年久失修受损却要客人承担责任的情况发生。

3. 在旅游纠纷中，如何证明旅行社降低服务标准给游客造成的损失？

【案情】

2004 年 12 月，北京游客张某参加了由某旅行社组织的欧洲游，并缴纳了 25000 元的团费，同行的还有陆某等 20 名游客。飞机抵达

法国机场后，即有一辆破旧不堪的大客车将他们带至巴黎郊外的某小旅馆住宿。张某等立即提出，旅游组团合同中规定的住宿标准为三星级以上酒店。外籍导游称旅行社给他安排的就是这样的住宿条件，如游客不满意可以自行想办法，但因此产生的后果旅行社概不负责。张某等无奈只得住下。此后的行程中，张某等一直栖身于这种条件简陋的小旅社，且又陆续发生了旅行社擅自改变旅游路线、减少参观项目、增加购物次数、不安排用餐、强迫游客参加自费的所谓风情宴、不提供导游服务等种种事件。在旅游行程全部结束后，导游突然失踪，使 20 名游客不得不滞留在国外达两天。游客回国后，愤而向法院提起诉讼，要求该旅行社赔偿每位游客各种经济损失共 2 万元。

被告旅行社认为，原告提出的财产损害赔偿，却都未能提供证据加以证明，法律对服务侵权损害赔偿未规定特殊的归责原则，所以应认为属于一般侵权。依照“谁主张谁举证”的原则，原告的诉讼请示不能成立，法院应当判令驳回原告的诉讼请求。

张某等游客提供了照片和录像资料，证明其食宿、交通条件确实相当简陋，证明其在国外购物、参加“风情宴”的相关证据及滞留期间的食宿费票据材料，但对未能参加的旅游项目等其余损失，却没有证据证明。为此，张某等的代理律师提出，因相关证据为旅行社所持有，故请求法院责令旅行社提供其持有的对其不利的证据。旅行社坚持认为应由原告举证而拒绝提供。最后，法官根据证据规则推定张某等主张该证据不利旅行社的内容成立，遂判决支持了原告的诉讼请求。

【要点】

本案所反映的是在旅游纠纷中，如何证明旅行社降低服务标准给游客造成的损失的问题。

【评析】

由于旅游服务行业的特殊性，一般游客对其运作规程、折扣率

等涉及商业机密的事项不可能有全面的了解，且本案所涉为出境游，在发现问题时，游客不可能像在国内一样及时求助于有关部门并有效固定证据。张某等人已有一定的证据意识，注意收集了一些证据，如照片、录像资料及部分票据材料。如要继续举证证明其所主张的损失，已是不太可能，由此即带来了败诉的风险。

我国《民法通则》与《消费者权益保护法》对服务质量侵权的归责原则未作出明确的规定，服务质量侵权也不属于法律规定的特殊侵权的范畴，不适用无过错责任原则。但由于服务业牵涉面广，有些行业如本案所涉的旅游业专业性较强，且在提供全程服务的团体行程中，消费者许多本可以取得的证据如食宿单证、景点门票都不由游客自己掌握，所以如果将举证责任全部加于消费者，显然是不公平的。从保护消费者权益出发，参照现代各国对消费者倾斜保护的法律政策，应采用过错推定原则，这已是司法实践中的共识。一方面，游客无需证明自己有过错，另一方面，如果旅行社确能证明自己没有过错，则可以免除责任，这兼顾了双方利益，对于消费者和经营者来说，都是比较公平的。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第75条规定："有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒绝提供，如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人，可以推定该主张成立。"在本案中，实际上利用了法律关于妨碍举证的推定规定这一程序法的技巧。旅游服务侵权纠纷应实行过错推定的归责原则，由旅行社对其不存在过错承担举证责任，因旅行社未能举证，故其应承担举证不能的责任。

需要指出的是，利用诉讼技巧打赢官司是值得庆幸的，但大多数官司仍需要有证据的支持才行，所以旅游者发现自己的权益被侵害，一定要有证据意识，注意收集证据。《民事诉讼法》规定"谁主张谁举证"，如果没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张，负有举证责任的当事人要承担败诉风险。

4. 在消费纠纷中，如何证明所购手机功能与宣传不符？[①]

【案情】

2004 年 8 月 15 日，高某在商场手机柜台购买了一部海信 C787CA 手机，高某称当时商场为其提供了商品的宣传单并介绍该手机具有“大容量英汉词典、通话中静音、外屏取景延时自拍、多种修饰、多种信息完全加密、指定号码拒接、闹钟日程提示、电子图书、音乐创作、音乐动画播放、神奇宝典游戏下载”等功能。高某为此花 3440 元购买了该型号的手机。高某在使用时发现其购买的手机并无“神奇宝典、动画世界、音乐创作、七段摄像存储”等功能。高某认为商场在进行商品销售时，对商品广告的内容不加以核对，使其在购买商品前得到的承诺与购买后使用的情况不一致，商场的营业员在其选购商品时，存在欺骗和误导。高某多次找商场交涉，要求全额退还购机款 3440 元并按购机款一倍赔偿 3440 元。而商场在听了高某的投诉后则认为营业员在高某选购商品时，不存在欺骗和误导的行为，营业员对高某购买手机时所提出的问题给予了解答，高某最终选择购买，完全是其个人自愿行为，因此，不予赔偿。此时，高某能否证明其购机时商场营业员对其进行了误导，即成为本案关键。

为此，高某除向法庭提供了 2004 年 8 月 15 日从某商场购买的海信 C787CA 手机一部、某商场开具的销售发票、产品包装盒及产品说明书外，又向法庭提供了商场营业员给其的海信手机的宣传广告，以证明商场营业员在其选购商品时存在欺骗和误导。

【要点】

本案所反映的是在消费纠纷中，如何证明所购手机功能与商家宣传不符的问题。

---

① 朱建新主编：《民事取证—来自审判实践中的方法总结》，江苏人民出版社 2006 年版，第 169～170 页。

【评析】

作为高某，证明的任务是其与商场之间不仅存在买卖关系，而且其所购买的商品的实际性能与商场营业员向其所做的介绍及商品广告宣传的内容不一致，商场营业员存在欺骗和误导的行为。从高某举的证据来看，其从商场所购买的手机为海信 C787CA 商务型数字移动电话机，该机的各项性能与产品使用说明书的内容相一致，对于商场是否对高某在选购商品时做了引人误解的虚假宣传，以及高某向法庭提交的广告宣传单是否是商场营业员向高某所提供，高某没有进一步举证证明，这一点恰恰是双方争议的焦点，因此，高某应承担举证不能的责任。

《消费者权益保护法》第 19 条规定，经营者应当向消费者提供有关商品或者服务的真实信息，不得做引人误解的虚假宣传。经营者对消费者就其提供的商品或服务质量和使用方法等问题提出的询问，应当作出真实、明确的答复。高某向法庭提交的销售发票、产品使用说明书、产品包装盒，足以证明商场向高某出售的是海信 C787CA 商务数字移动电话机的事实。《民事诉讼法》第 64 条规定："当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。"高某提出商场向其提供的广告宣传资料介绍的移动电话的功能与其所购买的海信 C787CA 手机的功能不同，商场存在欺骗和误导，但没有提交证据予以证明，所以高某的要求退货赔偿的请求没有得到法院的支持。

本案中，高某失败之处在于其没提供相应证据，证明其提交法院的广告宣传资料为商场所提供，从而不能证明商场存在欺骗和误导。事实上，高某完全可以提供相关证据。比如，高某在距购机不久即发现商场存在欺骗和误导时，相关虚假广告宣传资料一定还为商场所使用，这时，他可请公证人员对这种情况进行公证，以证明商场使用了虚假广告宣传资料。如间隔较久，商场已不再使用虚假广告宣传资料，则其可以持虚假广告宣传资料与商场进行交涉，并对交涉过程进行录音，只要商场承认虚假广告宣传资料为其所发，亦可证明商场存在欺骗和误导行为。

5. 在消费纠纷中，如何证明丢失的保管物品是贵重物品？[1]

【案情】

2002年2月13日下午5点40分左右，王某到某仓储公司购物，并将携带的电脑包交由仓储公司服务台保管，电脑包内有康柏笔记本电脑一台。服务员收下后交给王某一块号码为001的存包牌。下午6点30分左右，王某购物完毕，到服务台凭存包牌取电脑时，发现电脑已被仓储公司丢失，仓储公司立即向公安机关报案，但该案至今未能侦破，王某遂诉至法院，请求依法判令仓储公司赔偿损失。

仓储公司则认为，双方之间确有保管关系，王某的包被丢失，仓储公司应该给予赔偿。但王某的包内是否有电脑无法确定，只有待公安机关破案查明丢失的物品后，仓储公司才能赔偿。

在诉讼中，原告王某申请人民法院向公安机关调查。人民法院从公安机关调取了其对仓储公司服务台服务员的调查笔录。在笔录中该服务员陈述，王某在存包时曾讲，包里面有一台电脑，不能竖着放，但其并未开包检查。

【要点】

本案所反映的是在消费纠纷中，如何证明丢失的保管物品是贵重物品的问题。

【评析】

本案中，根据仓储公司服务员在公安机关调查笔录所作的陈述，原告王某在存包时已告知仓储公司的服务员包内是电脑，履行了声明的义务，仓储公司未进行验收，应视为其认可了原告王某的声明。因此，可以认定原告王某的包内确有电脑。

根据《民事诉讼法》第64条的规定，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。本案中，原告王某主张包内有电脑，因此其

---

① 朱建新主编：《民事取证—来自审判实践中的方法总结》，江苏人民出版社2006年版，第196~198页。

必须提供证据加以证明。日常生活中，消费者在进入大型超高购物时，往往要将所携带的物品交由超市保管，但双方不可能为此签订书面合同，明确保管物品的各类和数量。因此，一旦发生保管物品丢失的问题，消费者在向超市索赔时，首先要证明丢失的是何种物品。在通常情况下，人们会考虑要求同行人员或超市的工作人员出庭作证。但因为超市的工作人员与超市存在劳动关系，出于对自身利益的考虑，有可能作不实的陈述，或以时间长记不清为由，拒绝回答问题。

本案在取证时，要注意两个问题：（1）在发生纠纷时，就要有取证意识。例如在本案中，如果超市不及时报案，原告就要及时向公安机关报案，这样一方面有利于案件的侦破，另一方面可以固定有关证据。目前，在社会公众的心目中，公安机关具有一定的权威和强制力，因此，证人在公安机关所作的陈述较为可信。（2）在诉讼中，如果无法及时调取公安机关调查的有关材料，就要在法律规定的期限内向法院提出书面申请，否则将丧失申请法院调取证据的权利。申请书应当载明被调查人的姓名或者单位名称、住所地等基本情况，所要调查收集证据的内容，需要法院调查收集证据的原因及要证明的事实。

6. 在消费纠纷中，经营者否认假冒商品为自己出售应否承担举证责任？

【案情】

2004 年 11 月，叶某在举行婚礼前携未婚妻到某购物中心买首饰。在珠宝柜台前，叶某的未婚妻看中了一枚钻戒。叶某以 5000 元的价格将该钻戒买下。2005 年 3 月，一次偶然的机会，叶某将钻戒交给朋友拿到某鉴定中心鉴定，鉴定结论出乎意料：该钻戒是假冒的。叶某当即找到某购物中心珠宝专柜要求赔偿。珠宝专柜的老板表示，该专柜出售的珠宝都是从正规厂家进货，绝对有信誉保障，不可能出现假冒商品。叶某的钻戒肯定不是从该专柜购买的。叶某

向人民法院提起诉讼，请求判决某珠宝专柜赔偿自己的损失，同时向法庭提交了购物发票和鉴定结论作为证据。某珠宝专柜承认叶某在该专柜购买价值5000元的钻戒一枚属实，但认为该钻戒与叶某所持的假钻戒显然不是同一枚，因此拒绝承担赔偿责任。

【要点】

本案所反映的是在消费纠纷中，经营者否认假冒商品为自己出售应否承担举证责任的问题。

【评析】

在本案中，当事人双方争议的焦点是叶某所持的经鉴定为假的钻戒是否为从某珠宝专柜购买的钻戒。无论是叶某还是某珠宝专柜，举证证明这一事实都是十分困难的。因此，在这种情况下，将该事实的举证责任判由谁承担，就意味着谁将承担举证不能的责任，面临不利的诉讼后果。

举证责任实际上是由两方面的内容组成的：一是当事人向法院提供证据的责任，即行为意义上的举证责任；二是辩论终结时，当事人因案件事实真伪不明而承担不利的诉讼后果的责任，即结果意义上的举证责任。在这两者当中，结果意义上的举证责任是实质所在，行为意义上的举证责任不过是结果意义上的举证责任的延伸。当事人主张某种有利于自己的事实是为了避免承担结果意义上的举证责任，理应由其承担行为意义上的举证责任。但结果意义上的举证责任不是随便发生作用的。只有当待证事实在已经穷尽一切合法、可能的证明手段之后仍然处于真伪不明的状态时，结果意义上的举证责任才发生效力。首先，应当明白这里的穷尽一切合法、可能的手段，不仅针对当事人而言，即当事人应当尽力提供证据，促使法官心证的形成，而且也包括受案的法官。也就是说，法官不能片面地理解举证责任，将举证责任推向当事人，从而过于消极地面对待证事实。因为法官要努力形成心证，所以，适当地积极面对待证事实，全面审视案件，客观运用推理，对心证的形成应当说是必要的。

其次，这里所说的真伪不明产生的前提条件是：原告提出了有力的本证；被告也提出了实质性的反证；对争议的事实有证明的必要，自认的、无争议的、众所周知的事实无须证明；用尽合法的、可能的证明手段，法官仍然无法获得心证；口头辩论用尽结束，而心证不足的情形仍然无法改变。只有这些条件同时成就时，结果意义上的举证责任才发生效力。同时，在这些条件中还包含了对证明标准的要求，即原告的本证必须是有力的，必须达到使法官确信该事实的存在具有高度盖然性的程度。被告若想反驳、推翻原告的证据或使原告的证据处于难以采信的境地，也应当提出实质性的能动摇法官对高度盖然性确信的证据。如果仅仅是口头上的否认，而无有力的证据加以证明，纵然此时被告提出的主张看似难以查清，法官仍然应当认定原告主张的事实成立，而非真伪不明，结果意义上的举证责任不发生作用。

在本案中，叶某已经提供了证明自己主张的事实的有力证据。首先，叶某提供了购买钻戒时的发票，证明自己确实在一定的时间、地点与特定的对象有过交易行为；其次，叶某提供了某鉴定中心的鉴定结论，证明了自己的钻戒为假冒的主张。结合这两项证据和当事人双方的陈述（当事人双方均承认曾发生过购买钻戒的交易行为），得出叶某在某购物中心珠宝专柜购买的钻戒为假冒的结论是合乎情理的。这种盖然性依通常的认识是存在的，并且足以达到高度盖然性的证明标准。所以，叶某的主张初步成立。也就是说，此时叶某行为意义上的举证责任已经完成，行为意义上的举证责任已经转移到了珠宝专柜一方。那么，某珠宝专柜是否提供了足以推翻叶某所主张的事实的证据呢？某珠宝专柜的否认主张包含有两层意思：一是否认叶某在某珠宝专柜处购买的钻戒是假冒商品。这是针对叶某提出的所购买的钻戒为假冒的事实主张的反驳；二是某珠宝专柜主张叶某所持的假钻戒与在该专柜购买的钻戒不是同一枚钻戒。这是一个有利于某珠宝专柜的新的事实主张。上述第一层意思的口头反驳与叶某提供的鉴定结论相比较，显然无法推翻叶某提供的证据。而某珠宝专柜提出的叶某所持的钻戒不是在该珠宝专柜购买的新事

实主张，依照“谁主张，谁举证”，理应由某珠宝专柜承担举证责任。但某珠宝专柜没有提供任何证据来证明其主张的事实。由于某珠宝专柜没有完成已经转移到己方的行为意义上的举证责任，所以，结果意义上的举证责任不发生作用。叶某主张的事实成立，应当由某珠宝专柜承担不利的诉讼后果。

7. 在消费纠纷中，网上交易的电子邮件能否作为证据使用?

【案情】

金某经营一家网上商店，销售旧手机等二手商品。2004 年 8 月，金某收到宋某发来的电子邮件，要求订购某型号的手机若干台。金某按照宋某的要求进货，但宋某迟迟未提货。经多次催促，宋某仍然没有付款提货。2005 年 2 月，金某向人民法院提起诉讼，并对宋某订货的电子邮件申请了证据保全。在庭审质证过程中，宋某承认电子邮件是其所发，但认为电子邮件的内容经过了金某的修改，将咨询是否有某款手机以及能够提供的手机数量的内容改为订购该款手机的内容。但宋某未能向法庭提交邮件的原件。

【要点】

本案所反映的是在消费纠纷中，网上交易的电子邮件能否作为证据使用的问题。

【评析】

所谓电子邮件，是人们直接通过计算机网络系统来发送、传输、接收的文字、图像、声音等信息的总称。电子邮件具有如下特点：一是载体依赖性。电子邮件及其附带的图像、声音、文字、符号等均以二进位制的计算机数据形式储存下来，人们无法直接感受，只能通过一定的计算机软件进行转换才能感受得到。因此，电子邮件的存在必须依赖于一定的物质，依赖于现代科学技术设备。二是形象直观性。电子邮件能够附带文字、声音、图像，能比较真实、形

象和直观地反映事实，这个事实可以是一个动态的过程，也可以是静态的描述。三是电子邮件具有高效快捷性。由于电子邮件传输速度快，易于迅速复制，也可以迅速转化为文本输出、磁带录音、录像等方式保存，它比较符合高效经济的原则。而证据材料客观性、关联性和合法性决定了电子邮件可以成为证据材料。理由是，第一，从物质载体看，电子邮件也是以电子传输和计算机磁盘为媒介，符合证据材料的要求；第二，从意志角度看，尽管电子邮件是人的意志的表现形式，但其制作完成发送以后，却是独立存在的，不以人的意志的改变而改变。这就为可能查清和证明案件事实提供了条件；第三，从案件事实看，当事人提供的电子邮件必须是与案件有关的客观事实，以供司法机关审查和判断；第四，从形式合法性看，其所携带的载体可以归入视听资料当中，其形式合法不言而喻。因此，电子邮件符合证据材料的基本属性，可以视为法定证据。

在电子邮件证据的审查、判断上，首先，要分析电子邮件的真实可靠性，要从电子邮件的来源（发件人、提供人）和电子邮件内容进行审查；其次，必须将电子邮件证据和其他证据进行比较和印证，必要时要与相关人进行对质，确保其与案件事实的关联，要分析这种关联的确定性程度；再次，必须要求电子邮件来源合法，否则将不予采信。要证明电子邮件的客观真实性，必须从以下三个方面着手：第一，只有证明发件人是唯一的，才能保证所收邮件是发件人的意思表示。第二，电子邮件的收件方的计算机操作系统没有被非法侵入，收件箱及开启密码与收件人是唯一对应关系。收件人或密码的唯一性可以保证电子邮件不被修改。因为尽管电子邮件只具备“只读”属性，不能修改，但稍懂电脑技术的人完全可以将此属性去掉，进而修改电子邮件。因此，收件人或密码的唯一性显得尤为重要。第三，数据存储的安全保障。要考察电子邮件存储介质是否可靠与安全，是否具有有效措施防止数据的遗失和对数据的非法修改。电子邮件的接收和储存是否足以防止未经授权人的接触。

电子邮件的特殊性决定了其成为法定证据必须经过特别的鉴别程序，这不同于书证和物证的判别。电子邮件作为一种全新的通信

方式，它只要求将人们的意思通过电脑操作安全发送到对方电脑，呈现于屏幕即可，除了借助电子和磁介质以外，无须其他方式。因此，它没有正本和副本的分别，所有不改变性质的复制品都是原件。如果不将其打印或者备份出来，则极易删除或修改。而经修改后进行打印又十分方便。基于这些因素，审查和判断电子邮件的真伪难度较大。但是，电子邮件又具有其他证据无法替代性，即发信人和收信人（或其密码）均为唯一，每一个电子邮件的信箱只对应一个唯一的个人（或单位），其互联网的帐号、密码、电子邮件的用户名、密码在相对时间内只能是唯一的，因此，即使存在假冒发送和接收行为，在审查和判断时，一般可较容易地判别真伪。在司法实践中，直接因电子邮件引发的纠纷并不多见，一般多以证据形式出现。大致有以下几种情况：

1. 双方或多方认可的电子邮件

对于原、被告双方均予认可的电子邮件，原则上可以作为证据使用。但如果牵涉到第三人（包括有独立请求权和无独立请求权）的权益，则还必须对双方认可的电子邮件进行综合分析、判断，要防止原、被告双方通过电子邮件的形式恶意串通，损害第三人的利益。在办理某些原、被告双方互不认识或少有往来的因电子邮件产生纠纷的案件时，除双方一致认可，还要考察双方诉讼时的动机和收发电子邮件时的真实意思表示，法院应当要求收信人的信函与发件人的底稿保持一致，以确保真实无异。同时，在审查双方均认可的电子邮件时，如果一方认为己方在发送信件时处于胁迫、重大误解或者不正当外部力量介入（特别是在商务活动中），法院应当认真对待，仔细审查。

2. 单方认可的电子邮件

单方认可的电子邮件有两种情况，一是收件人提请确认，发件人否认；二是发件人提请确认，收件人否认。这两种情况均比较复杂，这是因为，证据必须反映案件的真实情况，尽管争议的电子邮件证据反映了客观事实，但由于没有相应的证明材料予以佐证，则证据效力会大打折扣。因此，对于仅仅单方认可的电子邮件，必须

进行严格而细致的审查。在确认电子邮件的收发件人时，首先应当审查该电子邮件的服务商，即属于是从网络服务商处购买的，还是从网络服务商处免费注册申请获得的。一般而言，前者更加可靠，取得电子信箱难度也大一些。而后者获得极为容易，一般经互联网几分钟注册即可取得。免费电子信箱的个人背景资料往往很难审查，有些资料本来就是虚假的。其次，应审查电子邮件的时间。电子邮件如果经过国外的网络服务商发送或经国际邮件转发器递送，必须要经过一定的时间，那种没有注明时间的邮件必定属于伪造件。另外，对于从国外服务器发送过来的邮件，必定含有国际时差标识（如格林尼治时间+）的格式。如果没有这样的格式，不符合客观情况。再次，对于收费电子邮件，每一个网络商均会在电子邮件正文末尾处写上自己公司的标识，这是免费邮件所没有的。综上所述，可以知道，对于购买的收费电子邮箱，其电子邮件的真实性要高于免费申请的电子邮箱。一旦收费电子邮箱被他人冒名发出邮件，如果信箱主人有保存密码等不当的因素，同样应当承担民事责任。

3. 双方或多方否认的电子邮件

严格地讲，双方或多方否认的电子邮件不能作为证据。但实践中，一些当事人为了避免自己的经济损失或掩盖某些违法犯罪事实，将已经收发的电子邮件予以否认，这些情况必须引起高度重视。需要根据上述判别方法进行严格的审查。

4. 对收发地址或电子邮箱予以认可，对邮件内容提出异议或予以否认

本案反映的就是这种情况。这就存在一个对方修改的问题。判断对方是否修改，应当要求异议人提交邮件的原始件，不能提交的，除非有其他证据足以推翻电子邮件证明效力的，否则应予认定。在取得异议人提供的原始件后，要综合审查分析，即原始件的制作时间、制作格式、文件属性、有否修改等情况，这些情况经判断无异后，才可予以认可。对于内容有部分一致的，认定一致部分。另外，对内容的异议应当结合其他法定证据进行综合分析、判断，力求证据的全面、客观、统一。而在本案中，宋某承认电子邮件是其所发，

但认为电子邮件的内容经过了金某的修改，将咨询是否有某款手机以及能够提供的手机数量的内容改为订购该款手机的内容，但宋某未能向法庭提交邮件的原件。因此，对金某提交的电子邮件应当予以认定。

本案还涉及了电子邮件的证据保全问题。从电脑屏幕上看到的电子邮件或打印出来的邮件与普通的文字印刷品相差不多，有些几乎极为相似。但是电子邮件所附带的文件，即以附带方式传送，需要特殊的计算机软件才能打开的文件，是证据保全的重点。如果附带的是一段音像文件，必须将其复制到磁带上播放出来，才能在法庭上公开认证、质证。如果是一些带有特殊3D效果的软件，播放的媒体机必须支持3D技术，否则没有效果。这些情况使人们保全证据的难度加大，尤其是这些附带文件，不能和文本文档一样打印，必须采取特殊的方法。对于电子邮件的保全，必须借助于专门人员或者专门机构，如公安部门的计算机信息技术人员或者法院专门的技术人员。取证的方式必须查看源代码，完整复制邮件所有内容。对于文档，尽快打印输出保存。对于附带的声音文件，在复制后尽量采用普通磁带录制方法予以保留。对于影像文件，在复制后尽量采用摄像机翻录予以保留。对于附带的电脑软件（程序），必须在不改变文件属性的情况下，原封不动地拷贝复制予以保留。

8. 在消费纠纷中，如何证明所购白酒为假酒？[①]

【案情】

2008年3月，原告谢某家中请客。为了招待客人，谢某在离家不远的某小型超市买了一箱白酒回家，但其在回家的路上，不慎将发票遗失。席间有客人说该酒口味不对，怀疑是假酒，谢某说是在某超市买的，不会有假。但随后有客人说喝了以后头晕得厉害，大家一致认为这些酒是假酒。谢某请客没有尽兴，心中十分不满。于

① 朱建新主编：《民事取证方略—来自审判实践中的方法总结》，江苏人民出版社2006年版，第155~157页。

是拿着一瓶酒前往超市要求退货并赔礼道歉，可是超市营业员非但不赔礼道歉，反而认为谢某无法提供发票，因此不能证明酒就是从这家超市购买的，并当着很多顾客的面说谢某喝完酒后没事干来超市无理取闹。谢某气愤不已，于是向法院起诉，要求超市赔礼道歉，退还酒款，赔偿损失。

由于谢某手中没有买酒发票，而超市矢口否认谢某在他们那里买过酒，因此，谢某害怕超市会转移假酒以消灭证据，于是向法院提出证据保全的申请，请求保全超市内出售的同品牌同型号的白酒，并根据法院的要求提供了相应的担保。法院遂依法立刻对该超市的同类白酒进行了证据保全。之后，谢某又向法院提出申请，请求对其手中剩余的白酒和超市中被保全的白酒进行鉴定，经过鉴定，其手中剩余的白酒和超市中被保全的白酒系同批次的假酒。

【要点】

本案所反映的是在消费纠纷中，如何证明所购白酒为假酒的问题。

【评析】

根据法律规定，当事人对其主张有责任提供证据加以证明。本案原告谢某应当对其主张的超市向其出售假酒的事实，提供证据加以证明。但是因原告谢某将购物发票遗失，而且超市否认其曾在超市购买过白酒，并有可能转移、隐匿、毁弃库存假酒，在此情况下，如原告谢某起诉后，仅向法院提供证人证言，申请法院向超市调查，将难以证明其主张。本案中，原告采用了先请求法院进行证据保全，然后申请鉴定的方法，不仅证明了原告与被告之间存在买卖关系，而且证明了所购白酒系假酒，其请求得到法院的支持，也就成为必然。

证据保全，是指法院在起诉前或者在对证据进行调查前，依据申请人、当事人的请求，或依职权对可能灭失或今后难以取得的证据，予以调查收集和固定保存的行为。为什么要进行证据保全呢？因为从起诉、受理到开庭审理需要一段时间，在这段时间里，有些

证据可能出现重大变化，到开庭时再收集，将无法或难以收集到，这就会给当事人举证证明自己所主张的事实和法院查明案件事实真相造成无法弥补的损失。为防止出现这种情况，需要事先对证据进行固定和保存，所以证据保全就是这样一种事先进行固定和保存证据的制度。

申请证据保全时，要注意两个问题：一是符合申请保全证据的条件。首先，欲保全的证据须能证明案件的待证事实；其次，须证据有毁损、灭失或者以后难以取得的可能性；再次，注意申请的时间限制。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》）第 23 条规定："当事人依据《民事诉讼法》第 74 条的规定向人民法院申请保全证据，不得迟于举证期限届满前七日。"该期间是一法定不变期间，不存在中止、中断和延长的情形，当事人违反此期间的限制，将丧失申请法院保全证据的权利，当事人不能简单地以事后才知道有此规定为由逃避该期间的制约。二是必须按照人民法院的要求提供相应的担保。根据《证据规定》第 23 条的规定，当事人申请保全证据，人民法院可以要求当事人提供相应的担保。因此，一旦法院要求申请人提供担保，申请人必须提供担保，否则法院将驳回其申请。所以申请人在申请证据保全时一定要谨慎，否则一旦保全错误，造成被保全人的损失，将承担赔偿责任。

就本案而言，原告也可以采取其他的方式来收集证据，如向有关行政部门投诉，鉴定其所购白酒系假酒；请求行政部门行使行政权力，对超市所售白酒进行抽检，然后以行政部门所做的结论作为证据，再向人民法院提起诉讼。

9. 在消费纠纷中，如何证明所购减肥药没有减肥效果？[①]

【案情】

2007 年 10 月，原告陈某在报纸上看到某品牌的减肥药广告，该

① 33 朱建新主编：《民事取证方略—来自审判实践中的方法总结》，江苏人民出版社 2006 年版，第 160～162 页。

广告打出了“10天减10斤”、“无效退款”等字样，并列举了很多使用过该产品后减肥效果好的消费者的例子。对自己身材一直不太满意的陈某便满心欢喜地前往某药店购买了该减肥药。在某药店里，营业员也大谈该药的疗效一直很好，产品极受欢迎，销量一直很大。陈某遂买了10盒该减肥药，但由于认为该款能报销且贪图小便宜，故并未索要发票。服用两个月以后，陈某发现自己的体重并无减少，从而认为该药根本不具有宣传广告上所说的那样的疗效，并认为该药店是在欺骗自己，遂与该药店交涉，要求返还货款，并赔偿损失。然而该药店认为陈某无法提供购物发票，双方之间不存在买卖关系，陈某一气之下将药店告上了法庭。

陈某为了应对药厂的诉讼，准备了2003年9月份单位体检时的体检报告，以及服用两个月发现体重未减轻后去医院所作的体检报告，以证明服用药物后体重没有减轻，并且，向法院申请鉴定，要求鉴定该减肥药没有减肥的功效。经过鉴定，相关机构作出结论：该减肥药无减肥效用。

【要点】

本案所反映的是在消费纠纷中，如何证明所购减肥药没有减肥效果的问题。

【评析】

现在与减肥、健身、美容类似的纠纷很多，很多情况下是因双方之间存不存在合同关系而争执，也有一些纠纷是因为双方对疗效的参照标准界定不明。针对前者，消费者可以索要接受服务或购买商品的发票、凭证等物；针对后者，消费者可以要求与经营者签订协议，在接受服务前先测量自身的基本身体情况，然后再根据这个标准来履行双方的协议。值得注意的是，一些减肥药物具有副作用，有的副作用可能对人的身体产生较大影响。确定了双方买卖关系的存在，在万一药物是对人身体产生损害的假药、劣药的时候，就可以向生产厂家和销售者提起侵权之诉。

本案中，原告陈某在起诉该减肥药的生产厂家的时候，依照举证责任分配原则，也应当对该减肥药没有疗效承担举证责任。为达到证明目的，陈某一方面提供了本人的两份体检报告，另一方面申请法院对该减肥药的功能进行鉴定，体检报告可以证明该药对陈某未产生宣传广告上所说的减肥效果，而有关机构进行的鉴定则证明该药根本就无减肥效能。

其实消费者要提高维权意识，最简单的就是索要及保留购物凭证，保留当时的广告宣传品，以及双方之间的有关减肥协议等，但同时要注意诉讼时效的规定。《民法通则》第136条规定："下列的诉讼时效期间为一年：（一）身体受到伤害要求赔偿的；（二）出售质量不合格的商品未声明的；（三）延付或者拒付租金的；（四）寄存财物被丢失或者损毁的。"《产品质量法》第45条规定："因产品存在缺陷造成损害要求赔偿的诉讼时效期间为二年，自当事人知道或者应当知道其权益受到损害时起计算。因产品存在缺陷造成损害要求赔偿的请求权，在造成损害的缺陷产品交付最初消费者满十年丧失，但是，尚未超过明示的安全使用期的除外。"

10. 在消费纠纷中，如何证明所购啤酒中存在异物？

【案情】

2008年2月10日晚上，刘某和三个朋友在某饭店吃饭，当时他跑到吧台要了四瓶啤酒，老板当即开了一瓶，刘某拿着回到了饭桌上，喝了几口大家都觉得啤酒有异味，于是拿起酒瓶仔细研究，发现酒瓶底浮着一段弯弯的东西。刘某找来老板理论，老板说这酒出了问题得找厂家，半个小时后，啤酒厂的销售员来了，他表示可以赔给刘某一箱啤酒，刘某没有同意。晚上，刘某和他的朋友都拉肚子，分别到医院治疗。第二天，刘某拿着一直放在冰箱里的那瓶装有异物的啤酒来到卫生监督所鉴定。根据有关规定，密封包装的产品拆封后不做鉴定，但卫生监督所的工作人员还是倒出了瓶中的啤酒，发现异物呈弯曲状，到了瓶口就出不来了，最后，异物被折断

才出了瓶。工作人员当即说，可能是蚊香，两段疑似蚊香的异物约长10厘米，并已经发黑。刘某遂以啤酒厂出售伪劣啤酒，造成其损害为由诉至法院。要求啤酒厂赔偿误工费、医疗费、精神损失费等2000元。

庭审中，啤酒厂提供了产品检验报告，证明该啤酒有严格检验程序，经检验合格符合国家标准，为合格产品，提供啤酒检验流程图，证明空啤酒瓶必须进入浸泡和检验浸泡八次冲洗，啤酒中不可能存在长约10厘米的蚊香。为反驳啤酒厂的上述证据，刘某提供了饭店账单，证明当时发现啤酒瓶中存在异物，因刘某与啤酒厂销售员交涉未果时，其在菜单上注明“壹瓶有脏东西有异物”。提供了卫生监督所受理记录，证明刘某曾向卫生监督所投诉，监督所确认酒瓶中异物似为一截蚊香。提供了三名证人作证，证明与刘某共同就餐时啤酒瓶打开后发现瓶中有异物，当晚三人同时发生拉肚子现象。提供了病历、医药费发票，证明刘某当晚诊断为肠胃炎，医药费300元，提供误工费，证明刘某因肠胃炎病假三天，发生误工费800元。同时，刘某申请了对蚊香进入啤酒瓶中的时间进行现场实验，法院同意后，组织刘某和啤酒厂现场做蚊香放进啤酒瓶中的实验，当放入约10厘米蚊香时，蚊香弯曲的地方断了，而随后掉进瓶中的短蚊香让啤酒不断冒泡，直到两个小时以后蚊香还浮在酒中，并没有下沉到瓶底，这个实验证明蚊香短时间不会沉入瓶底，整体弯曲的蚊香不可能在开瓶后放入，以此可以推定蚊香是在开瓶前存在瓶中的，这种取证方法简单、快捷、成本低，具有充分的证明力，法院予以采信。

【要点】

本案所反映的是在消费纠纷中，如何证明所购啤酒中存在异物的问题。

【评析】

本案的争议焦点，就是啤酒中的蚊香是何时进入瓶中的，如果

是刘某买后开瓶前就存在的，啤酒厂就应当对刘某的损害承担赔偿责任。否则啤酒厂不应承担赔偿责任。审理中，啤酒厂虽然提供了产品检验报告及啤酒检验工艺流程图，证明该厂生产的啤酒有严格检验程序，不可能发生啤酒瓶中存有长约10厘米的蚊香的事实。但啤酒厂并未提供蚊香是啤酒开瓶后放入的相关证据。而刘某提供"壹瓶有脏东西有异物"、账单及卫生监督所受理记录，说明刘某就餐时发现啤酒瓶中存有异物，第二天就向卫生监督所投诉，并确认酒瓶内异物似为一截蚊香的事实；刘某提供同去就诊的三证人作证，证明与刘某共同就餐时，当啤酒瓶打开后发现瓶中有异物，三人喝后当晚都现出拉肚子现象。证人与刘某虽然有一定的利害关系，其证明力较低，但它与刘某提供的账单和卫生监督所受理记录相互印证，可以认定刘某在就餐时发现啤酒瓶中有异物这一事实。审理中，刘某又申请法院对蚊香进入啤酒瓶中的时间进行现场实验，法院组织刘某和啤酒厂双方在场，经现场实验，发现约10厘米长的蚊香不断是无法进入瓶中的，蚊香折断后放进瓶中啤酒不断冒泡，两个小时没有下沉到底。这说明蚊香短时间不会沉入瓶底，可以排除蚊香是开瓶后放入的。因为刘某在就餐时，从向老板要啤酒到发现啤酒瓶底有异物不到半小时。据此，法院可以认定刘某所购啤酒存在异物，属于产品存在缺陷，啤酒厂应该对刘某所造成的损害承担赔偿责任。值得注意的是，根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第4条第1款第6项规定，因缺陷产品致人损害的侵权诉讼，由产品的生产者就法律规定的免责事由承担举证责任。按此规定，本案刘某只要证明自己使用了缺陷产品，同时证明使用缺陷产品是损害事实发生的原因即可，而啤酒厂所承担的责任是一种无过错的责任，即当他不能证明自己的免责事由时就要承担赔偿责任。

11. 在消费纠纷中，如何证明所购汽车为假冒伪劣产品？

【案情】

2007年12月14日，方某在汽贸公司购买了某名牌吉普车一辆，

车价6万元，编号为12345。汽贸公司出具给方某两张未加盖"某市工商行政管理局汽车交易市场管理专用章"的发票，并随车附合格证一份和临时牌照一张。方某开车回家途中发现该车有严重异响。次日，方某电话告知汽贸公司车辆有严重质量问题。第三天，方某将该车送至吉普车特约维修点进行检修。维修点检修后，于当月20日作出该车非某名牌吉普汽车有限公司生产的情况报告。方某得知后，即向汽贸公司提出退车并给付相当于所购车价款的赔偿要求。汽贸公司同意退车，并以银行存单的形式将车款全额退给方某并支付了汽车修理费，但不同意赔偿。为此，方某拒绝将汽车钥匙、合格证及临时牌照还给汽贸公司。第二天，汽贸公司未经方某及维修点同意，擅自将汽车车锁撬开，强行开走，返还给供货方某省某县机电设备公司。2008年2月，方某诉至法院以汽贸公司销售假冒伪劣产品，对消费者有欺诈行为为由，要求根据《消费者权益保护法》判令汽贸公司给付赔偿金56万元并赔偿鉴定费和聘请律师的费用。

诉讼中，汽贸公司认为，出售给方某的汽车系代售品，有协议可证明。方某提出退货后已拿到车款，汽贸公司并承担了修理费，但方某拒不交出车钥匙及合格证，公司才将车开走。根据代销协议，汽贸公司已将车退还委托方，被告与原告之间的买卖车辆的权利义务已完成，法院应驳回原告的诉讼请求。

诉讼中，方某提供了购车发票、合格证、临时牌照，并提供了某名牌吉普车特约维修点出具的情况报告，证明自己在汽贸公司购得车辆为假冒伪劣产品。为证明该车非某名牌吉普汽车有限公司生产，方某还到该吉普汽车有限公司法律事务室将汽车合格证送检。送检结果表明方某送检的汽车合格证系伪造。同时，该吉普汽车有限公司出具声明，称其未生产过编号为12345的吉普车。

【要点】

本案所反映的是在消费纠纷中，如何证明所购汽车为假冒伪劣产品的问题。

【评析】

本案的争议焦点是汽贸公司出售的汽车是否是假冒伪劣产品？如果是，作为销售者汽贸公司不仅仅是退货，还应当承担双倍赔偿责任。方某向法院提交了维修中关于此车不是某名牌吉普汽车有限公司生产的证据，该证据是公司一个部门提供的。为了使证据更充分、更具有证明力，方某将随车合格证交公司检验，该公司作出检验报告表明合格证为伪造，该公司也从未生产过此编号的汽车。这个证据充分证明汽贸公司出售的汽车为假冒伪劣产品，在这种情况下，方某的举证责任即告完成。而汽贸公司应对其所出售的汽车属合格产品举证，但汽贸公司未作出这种举证，只是强调双方买卖车辆因退货退款权利义务已完成，还强行将争议车辆取回后匆忙退还给委托方，造成无法对实物进行真伪鉴别，这只能说明被告承认原告所述事实。所以，可以认定争议之车属假冒伪劣产品。

国家工商行政管理局《欺诈消费者行为处罚办法》第4条规定："经营者在向消费者提供商品中，有下列情形之一，且不能证明自己确非欺骗、误导消费者而实施此种行为的，应当承担欺诈消费者行为的法律责任：（一）销售失效、变质商品的；（二）销售侵犯他人注册商标权的商品的；（三）销售伪造产地或者冒用他人的企业名称或者姓名的商品的；（四）销售伪造或者冒用他人商品特有的名称、包装、装潢的商品的；（五）销售伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志的商品的。"因此，汽贸公司在经营中销售假冒某名牌吉普汽车，其行为构成欺诈，虽然汽贸公司已将车款退还方某，但汽贸公司与方某之间因买卖假冒伪劣商品产生的索赔权利义务关系未终结，汽贸公司应赔偿相当于汽车价款的赔偿金，并承担相应的损失赔偿费用。

12. 在消费纠纷中，如何证明所购网上图书的实际数量？

【案情】

2008年3月21日，大学生陈某从电脑上进入某图书销售网站，

选定一本畅销书后，点击“购买”字样的图标。但是，过了约30钞以后网页上没有任何反映，于是陈某又点击了一下该图标，可是网页还是没有反映，于是陈某连续点击了该图标，突然屏幕上跳出了一个要求确认该笔购书交易的对话框，陈某点击确认，随后网页上显示出“购买成功”的字样。三天以后，一名身着书店工作服的送书工来到了陈某的宿舍，陈某正要付钱时，却发现该送书工递给他的账单上居然有五本书，而且这5本书都是同一种书，陈某认为自己只买了1本书，不可能在网上买5本相同的书，因此拒绝支付另外四本书的价款。送书工通过电话与公司联系后，坚持将5本书一起留在陈某的宿舍，但只收了1本书的钱。陈某心里过意不去，准备将另外的4本书送还该公司。半个月后，陈某前往该网上图书公司的门市部选购图书，可是当他选购完准备结账的时候，该店营业员说陈某在该门市部的会员卡中已经透支了280余元，要求陈某必须支付所透支的款项，否则无法继续购书。陈某于是与该门市部经理交涉，然而该门市部经理说应该去找公司交涉，同时说公司可能会起诉陈某。5月23日，陈某接到了某区法院的传票，原来该图书销售公司以拖欠购书款为由将陈某送上了法庭。该图书公司举出的证据有陈某的账单、陈某网上交易在该公司网站的原始记录、陈某会员卡中所记载的交易记录等。

为此，陈某提供了两份证据，一是他所使用的电脑的上网记录，并由学校图书馆出具证明，证明该电脑是属于学校电子阅览室的电脑，除了学校工作人员外，任何人无法修改该电脑上的上网记录；二是陈某确认交易后收到的该图书公司确认该笔交易成功的电子邮件。陈某获取第一份和第二份证据都是在学校图书馆工作人员的监督下进行的，并由学校出具了相关证明。经查，第二份证据所确认的购书时间正好与图书公司提供的陈某当天5笔交易记录中最后一笔购书交易的时间相同，而该邮件的内容则是“您今天共交易一次，共购书一本。”

【要点】

本案所反映的是在消费纠纷中，如何证明所购网上图书的实际

数量的问题。

【评析】

随着科学技术的发展，网上购物已经越来越多地走进了寻常百姓家的生活之中，网上购物具有简单、方便、快捷的特点，可以做到足不出户就能买到自己喜欢的物品。然而网上购物的缺点也是很多的，特别是由于技术条件的限制，很多交易容易出现因为程序出错而导致的购物纠纷。在这类纠纷中，消费者往往是处于典型的被动地位、弱势地位，因为从事网上购物的公司往往都掌握消费者的网上购物记录，容易举出证据证明双方之间的买卖关系，而消费者想要举证难度很大，成本很高。网上购物的行为均发生在网上，双方之间其实没有以纸张、传真为载体的合同，有时连以电子邮件为载体的合同都没有，所以常常也类似于无书面形式的口头合同。

如何避免网上购物纠纷或者一旦发生纠纷能够很好的维护消费者的合法权益呢？一方面消费者应尽量去商业信誉良好的购物网站进行购物，并在购物中坚持按照购物网站所要求的程序进行。另一方面，就是要学会如何取证。在取证证明自己主张的事实时，要注意：保留电脑内的上网记录，以证明自己网上交易的全过程；鉴于现在网上购物中商家往往会确认交易内容、时间以及成功与否的电子邮件，而且这往往就是双方之间买卖关系合同的证明，所以作为消费者应当注意保存该电子邮件，以防双方发生纠纷。另外，就是要注意对这些证据进行公证或者请求法院进行证据保全，对于那些属于商家或服务商拥有，而消费者客观上无法提供的证据，可以申请法院调查取证。

在本案中，陈某是被告，依照举证责任分配原则，举证证明陈某拖欠图书公司购书款的责任在于原告图书公司，图书公司也举出了相关的证据证明陈某欠款的事实，在证据形态上，图书公司无疑已经形成看似“严谨”的证据链，如果这时主张双方无欠款事实的陈某不举出一定的证据，很可能遭到败诉的危险。对此，陈某提供了自己当日的上网记录和网上图书公司确认交易的电子邮件。上网

记录证明了当日上网的基本情况，电子邮件则证明当时网上图书公司电子系统确认的交易只有1本书，而非事后公司所称的5本。因为电子邮件系网上图书公司所发出，是当日交易合同的电子载体，亦是对当日交易内容的直接证明，因而其证明力高于网上图书公司提供的各项证据，从而有力地证明了当日交易的内容仅为1本书。

13. 在消费纠纷中，如何证明购物时被商场员工撞倒而摔伤？[1]

【案情】

2007年7月22日，张大妈到离家很近的一家大超市买鸡蛋。她进入超市，上了电梯，从大厅往外走时，一个身着红色衣服、推着购物车的员工从后面把张大妈撞倒在地，张大妈当时就疼得不能动。那个员工转身想跑，被周围的顾客齐声指责，他只好回来扶张大妈，把张大妈扶起来以后他撒腿就跑了。某大学经济学院的学生张某和王某看到这种情况，就把张大妈送回了家。张大妈回家后，感觉到腰疼，张大妈的女儿李女士服侍张大妈上床躺下后，对这两个大学生表示感谢，并留下了他们的电话号码。

第二天，李女士带着母亲看了急诊，拍片结果是“腰5椎弓崩裂并滑脱”，建议住院治疗。8月4日，李女士去找商家，希望商家能给予适当的赔偿。超市的一名员工告诉她超市把那个撞人的员工开除了。李女士提出要适当赔偿时，对方说要请示领导。8月15日，女员工答复说“老板说没办法”。李女士向消协投诉，消协调解过几次后未果。8月28日，李女士向法院起诉，要求超市赔偿张大妈医药费及相关费用。

超市辩称，在获知李女士反映的问题之后，超市认真地进行了调查，但因为事隔多天，员工们都表示不清楚，事情的真实性已经

---

① 朱建新主编：《民事取证方略—来自审判实践中的方法总结》，江苏人民出版社2006年版，第192～194页。

无法确认。并否认了曾经开除过员工的说法。所以不能确定张大妈的受伤与超市有关。

李女士与某大学经济学院的学生张某和王某取得了联系，向两位学生讲述了张大妈向超市索赔时的遭遇，两位学生对张大妈的情况表示同情，同时表示愿意向法庭说明事情的真实情况。9月4日，两位学生出具证人证言，说明张大妈在超市受伤时的客观情况，并将证人证言交李女士转呈法庭。法庭向两位学生发出证人出庭通知书，在庭审中，两位证人向法庭陈述了事发当日的情况，法庭亦据此作出了判决。

【要点】

本案所反映的是在消费纠纷中，如何证明购物时被商场员工撞倒而摔伤的问题。

【评析】

我国《消费者权益保护法》第7条规定："消费者在购买、使用商品和接受服务时熟享有人身、财产安全不受损害的权利。"在本案中，按照证据规则及最高人民法院的相关司法解释，张大妈必须举证证明自己在超市受到其工作人员的侵害而损伤。虽然张大妈只提供了两位证人，但首先这两位证人与张大妈非亲非故，系与张大妈无利害关系的人；其次这两位证人所作的证人证言与张大妈的自述及其病历资料等其他证据环环相扣，清楚地证明了侵害事实的发生及其对张大妈所造成的损害，形成了证据锁链。因此虽然本案的关键证据只是两位大学生的证言，但已足以使法官相信，超市工作人员对张大妈造成了侵权损害，超市对此应当承担赔偿。

证人证言是各类诉讼中使用最广泛的一种证据。我国《民事诉讼法》第70条规定："凡是知道案件情况的单位和个人，都有义务出庭作证。有关单位的负责人应当支持证人出庭作证。"本案中，张大妈是依靠证人证言从而取得胜诉的。证人是指知晓案件事实应当事人的要求和法院的传唤到法庭作证的人。证人具有不可替代性，

证人就案件事实向法院所作的陈述称为证人证言。对于普通的消费者来说，证人证言作为证据是一个方便快捷、成本较低的手段。但证人证言也有一个很大的特点，就是要求尽量找与自己无利害关系的人作为证人。因为在法庭上，对于与当事人有亲属关系和其他密切关系的人所作的证言，如果对该当事人有利，法庭会认为该证言的可信度和证明力较低，一般低于其他证人提供的证言。在缺乏其他证据印证的情况下不得单独将上述证言作为认定案件事实的依据。

因此获取证人证言作为证据必须要在法律法规规定的范围内依法进行，必须严格证人证言作为证据所具有的客观性、关联性和合法性，并尽可能与其他证据印证。

附　　录

中华人民共和国民事诉讼法（节录）

（1991年4月9日第七届全国人民代表大会第四次会议通过
根据2007年10月28日第十届全国人民代表大会常务
委员会第三十次会议《关于修改〈中华人民共和国
民事诉讼法〉的决定》修正）

第六章　证　　据

第六十三条　证据有下列几种：

（一）书证；

（二）物证；

（三）视听资料；

（四）证人证言；

（五）当事人的陈述；

（六）鉴定结论；

（七）勘验笔录。

以上证据必须查证属实，才能作为认定事实的根据。

第六十四条　当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。

当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。

人民法院应当按照法定程序，全面地、客观地审查核实证据。

第六十五条　人民法院有权向有关单位和个人调查取证，有关单位和个人

不得拒绝。

人民法院对有关单位和个人提出的证明文书，应当辨别真伪，审查确定其效力。

第六十六条　证据应当在法庭上出示，并由当事人互相质证。对涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的证据应当保密，需要在法庭出示的，不得在公开开庭时出示。

第六十七条　经过法定程序公证证明的法律行为、法律事实和文书，人民法院应当作为认定事实的根据。但有相反证据足以推翻公证证明的除外。

第六十八条　书证应当提交原件。物证应当提交原物。提交原件或者原物确有困难的，可以提交复制品、照片、副本、节录本。

提交外文书证，必须附有中文译本。

第六十九条　人民法院对视听资料，应当辨别真伪，并结合本案的其他证据，审查确定能否作为认定事实的根据。

第七十条　凡是知道案件情况的单位和个人，都有义务出庭作证。有关单位的负责人应当支持证人作证。证人确有困难不能出庭的，经人民法院许可，可以提交书面证言。

不能正确表达意志的人，不能作证。

第七十一条　人民法院对当事人的陈述，应当结合本案的其他证据，审查确定能否作为认定事实的根据。

当事人拒绝陈述的，不影响人民法院根据证据认定案件事实。

第七十二条　人民法院对专门性问题认为需要鉴定的，应当交由法定鉴定部门鉴定；没有法定鉴定部门的，由人民法院指定的鉴定部门鉴定。

鉴定部门及其指定的鉴定人有权了解进行鉴定所需要的案件材料，必要时可以询问当事人、证人。

鉴定部门和鉴定人应当提出书面鉴定结论，在鉴定书上签名或者盖章。鉴定人鉴定的，应当由鉴定人所在单位加盖印章，证明鉴定人身份。

第七十三条　勘验物证或者现场，勘验人必须出示人民法院的证件，并邀请当地基层组织或者当事人所在单位派人参加。当事人或者当事人的成年家属应当到场，拒不到场的，不影响勘验的进行。

有关单位和个人根据人民法院的通知，有义务保护现场，协助勘验工作。

勘验人应当将勘验情况和结果制作笔录，由勘验人、当事人和被邀参加人签名或者盖章。

第七十四条　在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，诉讼参加人可以向人民法院申请保全证据，人民法院也可以主动采取保全措施。

最高人民法院
关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的意见（节录）

（1992年7月14日　法发〔1992〕22号）

三、证据

70. 人民法院收集调查证据，应由两人以上共同进行。调查材料要由调查人、被调查人、记录人签名或盖章。

71. 对当事人提供的证据，人民法院应当出具收据，注明证据的名称、收到的时间、份数和页数，由审判员或书记员签名或盖章。

72. 证据应当在法庭上出示，并经过庭审辩论、质证。依法应当保密的证据，人民法院可视具体情况决定是否在开庭时出示，需要出示的，也不得在公开开庭时出示。

73. 依照民事诉讼法第六十四条第二款规定，由人民法院负责调查收集的证据包括：

(1)当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的；

(2)人民法院认为需要鉴定、勘验的；

(3)当事人提供的证据互相有矛盾、无法认定的；

(4)人民法院认为应当由自己收集的其他证据。

74. 在诉讼中，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。但在下列侵权诉讼中，对原告提出的侵权事实，被告否认的，由被告负责举证：

(1)因产品制造方法发明专利引起的专利侵权诉讼；

(2)高度危险作业致人损害的侵权诉讼；

(3)因环境污染引起的损害赔偿诉讼；

(4)建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落致人损害的侵权诉讼；

(5)饲养动物致人损害的侵权诉讼；

(6)有关法律规定由被告承担举证责任的。

75. 下列事实，当事人无需举证：

(1)一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实和提出的诉讼请求，明确表示承认的；

(2)众所周知的事实和自然规律及定理；

(3)根据法律规定或已知事实，能推定出的另一事实；

(4)已为人民法院发生法律效力的裁判所确定的事实；

(5)已为有效公证书所证明的事实。

76. 人民法院对当事人一时不能提交证据的，应根据具体情况，指定其在合理期限内提交。当事人在指定期限内提交确有困难的，应在指定期限届满之前，向人民法院申请延期。延长的期限由人民法院决定。

77. 依照民事诉讼法第六十五条由有关单位向人民法院提出的证明文书，应由单位负责人签名或盖章，并加盖单位印章。

78. 证据材料为复制件，提供人拒不提供原件或原件线索，没有其他材料可以印证，对方当事人又不予承认的，在诉讼中不得作为认定事实的根据。

最高人民法院
关于民事诉讼证据的若干规定

（2001年12月21日 法释〔2001〕33号）

为保证人民法院正确认定案件事实，公正、及时审理民事案件，保障和便利当事人依法行使诉讼权利，根据《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）等有关法律的规定，结合民事审判经验和实际情况，制定本规定。

一、当事人举证

第一条 原告向人民法院起诉或者被告提出反诉，应当附有符合起诉条件的相应的证据材料。

第二条 当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。

没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。

第三条 人民法院应当向当事人说明举证的要求及法律后果，促使当事人在合理期限内积极、全面、正确、诚实地完成举证。

当事人因客观原因不能自行收集的证据，可申请人民法院调查收集。

第四条 下列侵权诉讼，按照以下规定承担举证责任：

（一）因新产品制造方法发明专利引起的专利侵权诉讼，由制造同样产品的单位或者个人对其产品制造方法不同于专利方法承担举证责任；

（二）高度危险作业致人损害的侵权诉讼，由加害人就受害人故意造成损害的事实承担举证责任；

（三）因环境污染引起的损害赔偿诉讼，由加害人就法律规定的免责事由及其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任；

（四）建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落致人损害的侵权诉讼，由所有人或者管理人对其无过错承担举证责任；

（五）饲养动物致人损害的侵权诉讼，由动物饲养人或者管理人就受害人

有过错或者第三人有过错承担举证责任；

（六）因缺陷产品致人损害的侵权诉讼，由产品的生产者就法律规定的免责事由承担举证责任；

（七）因共同危险行为致人损害的侵权诉讼，由实施危险行为的人就其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任；

（八）因医疗行为引起的侵权诉讼，由医疗机构就医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任。

有关法律对侵权诉讼的举证责任有特殊规定的，从其规定。

第五条 在合同纠纷案件中，主张合同关系成立并生效的一方当事人对合同订立和生效的事实承担举证责任；主张合同关系变更、解除、终止、撤销的一方当事人对引起合同关系变动的事实承担举证责任。

对合同是否履行发生争议的，由负有履行义务的当事人承担举证责任。

对代理权发生争议的，由主张有代理权一方当事人承担举证责任。

第六条 在劳动争议纠纷案件中，因用人单位作出开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生劳动争议的，由用人单位负举证责任。

第七条 在法律没有具体规定，依本规定及其他司法解释无法确定举证责任承担时，人民法院可以根据公平原则和诚实信用原则，综合当事人举证能力等因素确定举证责任的承担。

第八条 诉讼过程中，一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实明确表示承认的，另一方当事人无需举证。但涉及身份关系的案件除外。

对一方当事人陈述的事实，另一方当事人既未表示承认也未否认，经审判人员充分说明并询问后，其仍不明确表示肯定或者否定的，视为对该项事实的承认。

当事人委托代理人参加诉讼的，代理人的承认视为当事人的承认。但未经特别授权的代理人对事实的承认直接导致承认对方诉讼请求的除外；当事人在场但对其代理人的承认不作否认表示的，视为当事人的承认。

当事人在法庭辩论终结前撤回承认并经对方当事人同意，或者有充分证据证明其承认行为是在受胁迫或者重大误解情况下作出且与事实不符的，不能免除对方当事人的举证责任。

第九条 下列事实，当事人无需举证证明：

（一）众所周知的事实；

（二）自然规律及定理；

（三）根据法律规定或者已知事实和日常生活经验法则，能推定出的另一

事实；

（四）已为人民法院发生法律效力的裁判所确认的事实；

（五）已为仲裁机构的生效裁决所确认的事实；

（六）已为有效公证文书所证明的事实。

前款（一）、（三）、（四）、（五）、（六）项，当事人有相反证据足以推翻的除外。

第十条 当事人向人民法院提供证据，应当提供原件或者原物。如需自己保存证据原件、原物或者提供原件、原物确有困难的，可以提供经人民法院核对无异的复制件或者复制品。

第十一条 当事人向人民法院提供的证据系在中华人民共和国领域外形成的，该证据应当经所在国公证机关予以证明，并经中华人民共和国驻该国使领馆予以认证，或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续。

当事人向人民法院提供的证据是在香港、澳门、台湾地区形成的，应当履行相关的证明手续。

第十二条 当事人向人民法院提供外文书证或者外文说明资料，应当附有中文译本。

第十三条 对双方当事人无争议但涉及国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的事实，人民法院可以责令当事人提供有关证据。

第十四条 当事人应当对其提交的证据材料逐一分类编号，对证据材料的来源、证明对象和内容作简要说明，签名盖章，注明提交日期，并依照对方当事人人数提出副本。

人民法院收到当事人提交的证据材料，应当出具收据，注明证据的名称、份数和页数以及收到的时间，由经办人员签名或者盖章。

二、人民法院调查收集证据

第十五条 《民事诉讼法》第六十四条规定的“人民法院认为审理案件需要的证据”，是指以下情形：

（一）涉及可能有损国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的事实；

（二）涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等与实体争议无关的程序事项。

第十六条 除本规定第十五条规定的情形外，人民法院调查收集证据，应当依当事人的申请进行。

第十七条 符合下列条件之一的，当事人及其诉讼代理人可以申请人民法院调查收集证据：

（一）申请调查收集的证据属于国家有关部门保存并须人民法院依职权调取的档案材料；

（二）涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的材料；

（三）当事人及其诉讼代理人确因客观原因不能自行收集的其他材料。

第十八条　当事人及其诉讼代理人申请人民法院调查收集证据，应当提交书面申请。申请书应当载明被调查人的姓名或者单位名称、住所地等基本情况、所要调查收集的证据的内容、需要由人民法院调查收集证据的原因及其要证明的事实。

第十九条　当事人及其诉讼代理人申请人民法院调查收集证据，不得迟于举证期限届满前七日。

人民法院对当事人及其诉讼代理人的申请不予准许的，应当向当事人或其诉讼代理人送达通知书。当事人及其诉讼代理人可以在收到通知书的次日起三日内向受理申请的人民法院书面申请复议一次。人民法院应当在收到复议申请之日起五日内作出答复。

第二十条　调查人员调查收集的书证，可以是原件，也可以是经核对无误的副本或者复制件。是副本或者复制件的，应当在调查笔录中说明来源和取证情况。

第二十一条　调查人员调查收集的物证应当是原物。被调查人提供原物确有困难的，可以提供复制品或者照片。提供复制品或者照片的，应当在调查笔录中说明取证情况。

第二十二条　调查人员调查收集计算机数据或者录音、录像等视听资料的，应当要求被调查人提供有关资料的原始载体。提供原始载体确有困难的，可以提供复制件。提供复制件的，调查人员应当在调查笔录中说明其来源和制作经过。

第二十三条　当事人依据《民事诉讼法》第七十四条的规定向人民法院申请保全证据，不得迟于举证期限届满前七日。

当事人申请保全证据的，人民法院可以要求其提供相应的担保。

法律、司法解释规定诉前保全证据的，依照其规定办理。

第二十四条　人民法院进行证据保全，可以根据具体情况，采取查封、扣押、拍照、录音、录像、复制、鉴定、勘验、制作笔录等方法。

人民法院进行证据保全，可以要求当事人或者诉讼代理人到场。

第二十五条　当事人申请鉴定，应当在举证期限内提出。符合本规定第二十七条规定的情形，当事人申请重新鉴定的除外。

对需要鉴定的事项负有举证责任的当事人，在人民法院指定的期限内无正当理由不提出鉴定申请或者不预交鉴定费用或者拒不提供相关材料，致使对案

件争议的事实无法通过鉴定结论予以认定的，应当对该事实承担举证不能的法律后果。

第二十六条 当事人申请鉴定经人民法院同意后，由双方当事人协商确定有鉴定资格的鉴定机构、鉴定人员，协商不成的，由人民法院指定。

第二十七条 当事人对人民法院委托的鉴定部门作出的鉴定结论有异议申请重新鉴定，提出证据证明存在下列情形之一的，人民法院应予准许：

（一）鉴定机构或者鉴定人员不具备相关的鉴定资格的；

（二）鉴定程序严重违法的；

（三）鉴定结论明显依据不足的；

（四）经过质证认定不能作为证据使用的其他情形。

对有缺陷的鉴定结论，可以通过补充鉴定、重新质证或者补充质证等方法解决的，不予重新鉴定。

第二十八条 一方当事人自行委托有关部门作出的鉴定结论，另一方当事人有证据足以反驳并申请重新鉴定的，人民法院应予准许。

第二十九条 审判人员对鉴定人出具的鉴定书,应当审查是否具有下列内容：

（一）委托人姓名或者名称、委托鉴定的内容；

（二）委托鉴定的材料；

（三）鉴定的依据及使用的科学技术手段；

（四）对鉴定过程的说明；

（五）明确的鉴定结论；

（六）对鉴定人鉴定资格的说明；

（七）鉴定人员及鉴定机构签名盖章。

第三十条 人民法院勘验物证或者现场，应当制作笔录，记录勘验的时间、地点、勘验人、在场人、勘验的经过、结果，由勘验人、在场人签名或者盖章。对于绘制的现场图应当注明绘制的时间、方位、测绘人姓名、身份等内容。

第三十一条 摘录有关单位制作的与案件事实相关的文件、材料，应当注明出处，并加盖制作单位或者保管单位的印章，摘录人和其他调查人员应当在摘录件上签名或者盖章。

摘录文件、材料应当保持内容相应的完整性，不得断章取义。

三、举证时限与证据交换

第三十二条 被告应当在答辩期届满前提出书面答辩，阐明其对原告诉讼请求及所依据的事实和理由的意见。

第三十三条 人民法院应当在送达案件受理通知书和应诉通知书的同时向当事人送达举证通知书。举证通知书应当载明举证责任的分配原则与要求、可

以向人民法院申请调查取证的情形、人民法院根据案件情况指定的举证期限以及逾期提供证据的法律后果。

举证期限可以由当事人协商一致，并经人民法院认可。

由人民法院指定举证期限的，指定的期限不得少于三十日，自当事人收到案件受理通知书和应诉通知书的次日起计算。

第三十四条 当事人应当在举证期限内向人民法院提交证据材料，当事人在举证期限内不提交的，视为放弃举证权利。

对于当事人逾期提交的证据材料，人民法院审理时不组织质证。但对方当事人同意质证的除外。

当事人增加、变更诉讼请求或者提起反诉的，应当在举证期限届满前提出。

第三十五条 诉讼过程中，当事人主张的法律关系的性质或者民事行为的效力与人民法院根据案件事实作出的认定不一致的，不受本规定第三十四条规定的限制，人民法院应当告知当事人可以变更诉讼请求。

当事人变更诉讼请求的，人民法院应当重新指定举证期限。

第三十六条 当事人在举证期限内提交证据材料确有困难的，应当在举证期限内向人民法院申请延期举证，经人民法院准许，可以适当延长举证期限。当事人在延长的举证期限内提交证据材料仍有困难的，可以再次提出延期申请，是否准许由人民法院决定。

第三十七条 经当事人申请，人民法院可以组织当事人在开庭审理前交换证据。

人民法院对于证据较多或者复杂疑难的案件，应当组织当事人在答辩期届满后、开庭审理前交换证据。

第三十八条 交换证据的时间可以由当事人协商一致并经人民法院认可，也可以由人民法院指定。

人民法院组织当事人交换证据的，交换证据之日举证期限届满。当事人申请延期举证经人民法院准许的，证据交换日相应顺延。

第三十九条 证据交换应当在审判人员的主持下进行。

在证据交换的过程中，审判人员对当事人无异议的事实、证据应当记录在卷；对有异议的证据，按照需要证明的事实分类记录在卷，并记载异议的理由。通过证据交换，确定双方当事人争议的主要问题。

第四十条 当事人收到对方交换的证据后提出反驳并提出新证据的，人民法院应当通知当事人在指定的时间进行交换。

证据交换一般不超过两次。但重大、疑难和案情特别复杂的案件，人民法院认为确有必要再次进行证据交换的除外。

第四十一条 《民事诉讼法》第一百二十五条第一款规定的“新的证据”，是指以下情形：

（一）一审程序中的新的证据包括：当事人在一审举证期限届满后新发现的证据；当事人确因客观原因无法在举证期限内提供，经人民法院准许，在延长的期限内仍无法提供的证据。

（二）二审程序中的新的证据包括：一审庭审结束后新发现的证据；当事人在一审举证期限届满前申请人民法院调查取证未获准许，二审法院经审查认为应当准许并依当事人申请调取的证据。

第四十二条 当事人在一审程序中提供新的证据的，应当在一审开庭前或者开庭审理时提出。

当事人在二审程序中提供新的证据的，应当在二审开庭前或者开庭审理时提出；二审不需要开庭审理的，应当在人民法院指定的期限内提出。

第四十三条 当事人举证期限届满后提供的证据不是新的证据的，人民法院不予采纳。

当事人经人民法院准许延期举证，但因客观原因未能在准许的期限内提供，且不审理该证据可能导致裁判明显不公的，其提供的证据可视为新的证据。

第四十四条 《民事诉讼法》第一百七十九条第一款第（一）项规定的“新的证据”，是指原审庭审结束后新发现的证据。

当事人在再审程序中提供新的证据的，应当在申请再审时提出。

第四十五条 一方当事人提出新的证据的，人民法院应当通知对方当事人在合理期限内提出意见或者举证。

第四十六条 由于当事人的原因未能在指定期限内举证，致使案件在二审或者再审期间因提出新的证据被人民法院发回重审或者改判的，原审裁判不属于错误裁判案件。一方当事人请求提出新的证据的另一方当事人负担由此增加的差旅、误工、证人出庭作证、诉讼等合理费用以及由此扩大的直接损失，人民法院应予支持。

四、质证

第四十七条 证据应当在法庭上出示，由当事人质证。未经质证的证据，不能作为认定案件事实的依据。

当事人在证据交换过程中认可并记录在卷的证据，经审判人员在庭审中说明后，可以作为认定案件事实的依据。

第四十八条 涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私或者法律规定的其他应当保密的证据，不得在开庭时公开质证。

第四十九条 对书证、物证、视听资料进行质证时，当事人有权要求出示

证据的原件或者原物。但有下列情况之一的除外：

（一）出示原件或者原物确有困难并经人民法院准许出示复制件或者复制品的；

（二）原件或者原物已不存在，但有证据证明复制件、复制品与原件或原物一致的。

第五十条　质证时，当事人应当围绕证据的真实性、关联性、合法性，针对证据证明力有无以及证明力大小，进行质疑、说明与辩驳。

第五十一条　质证按下列顺序进行：

（一）原告出示证据，被告、第三人与原告进行质证；

（二）被告出示证据，原告、第三人与被告进行质证；

（三）第三人出示证据，原告、被告与第三人进行质证。

人民法院依照当事人申请调查收集的证据，作为提出申请的一方当事人提供的证据。

人民法院依照职权调查收集的证据应当在庭审时出示，听取当事人意见，并可就调查收集该证据的情况予以说明。

第五十二条　案件有两个以上独立的诉讼请求的，当事人可以逐个出示证据进行质证。

第五十三条　不能正确表达意志的人，不能作为证人。

待证事实与其年龄、智力状况或者精神健康状况相适应的无民事行为能力人和限制民事行为能力人，可以作为证人。

第五十四条　当事人申请证人出庭作证，应当在举证期限届满十日前提出，并经人民法院许可。

人民法院对当事人的申请予以准许的，应当在开庭审理前通知证人出庭作证，并告知其应当如实作证及作伪证的法律后果。

证人因出庭作证而支出的合理费用，由提供证人的一方当事人先行支付，由败诉一方当事人承担。

第五十五条　证人应当出庭作证，接受当事人的质询。

证人在人民法院组织双方当事人交换证据时出席陈述证言的，可视为出庭作证。

第五十六条　《民事诉讼法》第七十条规定的“证人确有困难不能出庭”，是指有下列情形：

（一）年迈体弱或者行动不便无法出庭的；

（二）特殊岗位确实无法离开的；

（三）路途特别遥远，交通不便难以出庭的；

（四）因自然灾害等不可抗力的原因无法出庭的；

（五）其他无法出庭的特殊情况。

前款情形，经人民法院许可，证人可以提交书面证言或者视听资料或者通过双向视听传输技术手段作证。

第五十七条 出庭作证的证人应当客观陈述其亲身感知的事实。证人为聋哑人的，可以其他表达方式作证。

证人作证时，不得使用猜测、推断或者评论性的语言。

第五十八条 审判人员和当事人可以对证人进行询问。证人不得旁听法庭审理；询问证人时，其他证人不得在场。人民法院认为有必要的，可以让证人进行对质。

第五十九条 鉴定人应当出庭接受当事人质询。

鉴定人确因特殊原因无法出庭的，经人民法院准许，可以书面答复当事人的质询。

第六十条 经法庭许可，当事人可以向证人、鉴定人、勘验人发问。

询问证人、鉴定人、勘验人不得使用威胁、侮辱及不适当引导证人的言语和方式。

第六十一条 当事人可以向人民法院申请由一至二名具有专门知识的人员出庭就案件的专门性问题进行说明。人民法院准许其申请的，有关费用由提出申请的当事人负担。

审判人员和当事人可以对出庭的具有专门知识的人员进行询问。

经人民法院准许，可以由当事人各自申请的具有专门知识的人员就有案件中的问题进行对质。

具有专门知识的人员可以对鉴定人进行询问。

第六十二条 法庭应当将当事人的质证情况记入笔录，并由当事人核对后签名或者盖章。

五、证据的审核认定

第六十三条 人民法院应当以证据能够证明的案件事实为依据依法作出裁判。

第六十四条 审判人员应当依照法定程序，全面、客观地审核证据，依据法律的规定，遵循法官职业道德，运用逻辑推理和日常生活经验，对证据有无证明力和证明力大小独立进行判断，并公开判断的理由和结果。

第六十五条 审判人员对单一证据可以从下列方面进行审核认定：

（一）证据是否原件、原物，复印件、复制品与原件、原物是否相符；

（二）证据与本案事实是否相关；

（三）证据的形式、来源是否符合法律规定；

（四）证据的内容是否真实；

（五）证人或者提供证据的人，与当事人有无利害关系。

第六十六条 审判人员对案件的全部证据，应当从各证据与案件事实的关联程度、各证据之间的联系等方面进行综合审查判断。

第六十七条 在诉讼中，当事人为达成调解协议或者和解的目的作出妥协所涉及的对案件事实的认可，不得在其后的诉讼中作为对其不利的证据。

第六十八条 以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据，不能作为认定案件事实的依据。

第六十九条 下列证据不能单独作为认定案件事实的依据：

（一）未成年人所作的与其年龄和智力状况不相当的证言；

（二）与一方当事人或者其代理人有利害关系的证人出具的证言；

（三）存有疑点的视听资料；

（四）无法与原件、原物核对的复印件、复制品；

（五）无正当理由未出庭作证的证人证言。

第七十条 一方当事人提出的下列证据，对方当事人提出异议但没有足以反驳的相反证据的，人民法院应当确认其证明力：

（一）书证原件或者与书证原件核对无误的复印件、照片、副本、节录本；

（二）物证原物或者与物证原物核对无误的复制件、照片、录像资料等；

（三）有其他证据佐证并以合法手段取得的、无疑点的视听资料或者与视听资料核对无误的复制件；

（四）一方当事人申请人民法院依照法定程序制作的对物证或者现场的勘验笔录。

第七十一条 人民法院委托鉴定部门作出的鉴定结论，当事人没有足以反驳的相反证据和理由的，可以认定其证明力。

第七十二条 一方当事人提出的证据，另一方当事人认可或者提出的相反证据不足以反驳的，人民法院可以确认其证明力。

一方当事人提出的证据，另一方当事人有异议并提出反驳证据，对方当事人对反驳证据认可的，可以确认反驳证据的证明力。

第七十三条 双方当事人对同一事实分别举出相反的证据，但都没有足够的依据否定对方证据的，人民法院应当结合案件情况，判断一方提供证据的证明力是否明显大于另一方提供证据的证明力，并对证明力较大的证据予以确认。

因证据的证明力无法判断导致争议事实难以认定的，人民法院应当依据举证责任分配的规则作出裁判。

第七十四条 诉讼过程中，当事人在起诉状、答辩状、陈述及其委托代理

人的代理词中承认的对己方不利的事实和认可的证据，人民法院应当予以确认，但当事人反悔并有相反证据足以推翻的除外。

第七十五条 有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供，如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人，可以推定该主张成立。

第七十六条 当事人对自己的主张，只有本人陈述而不能提出其他相关证据的，其主张不予支持。但对方当事人认可的除外。

第七十七条 人民法院就数个证据对同一事实的证明力，可以依照下列原则认定：

（一）国家机关、社会团体依职权制作的公文书证的证明力一般大于其他书证；

（二）物证、档案、鉴定结论、勘验笔录或者经过公证、登记的书证，其证明力一般大于其他书证、视听资料和证人证言；

（三）原始证据的证明力一般大于传来证据；

（四）直接证据的证明力一般大于间接证据；

（五）证人提供的对与其有亲属或者其他密切关系的当事人有利的证言，其证明力一般小于其他证人证言。

第七十八条 人民法院认定证人证言，可以通过对证人的智力状况、品德、知识、经验、法律意识和专业技能等的综合分析作出判断。

第七十九条 人民法院应当在裁判文书中阐明证据是否采纳的理由。

对当事人无争议的证据，是否采纳的理由可以不在裁判文书中表述。

六、其他

第八十条 对证人、鉴定人、勘验人的合法权益依法予以保护。

当事人或者其他诉讼参与人伪造、毁灭证据，提供假证据，阻止证人作证，指使、贿买、胁迫他人作伪证，或者对证人、鉴定人、勘验人打击报复的，依照《民事诉讼法》第一百零二条的规定处理。

第八十一条 人民法院适用简易程序审理案件，不受本解释中第三十二条、第三十三条第三款和第七十九条规定的限制。

第八十二条 本院过去的司法解释，与本规定不一致的，以本规定为准。

第八十三条 本规定自2002年4月1日起施行。2002年4月1日尚未审结的一审、二审和再审民事案件不适用本规定。

本规定施行前已经审理终结的民事案件，当事人以违反本规定为由申请再审的，人民法院不予支持。

本规定施行后受理的再审民事案件，人民法院依据《民事诉讼法》第一百八十四条的规定进行审理的，适用本规定。

最高人民法院民一庭负责人就民事诉讼证据的司法解释答记者问

（2001 年 12 月 30 日）

问：*请您谈一谈《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》这一司法解释的背景和意义。*

答：这一司法解释的出台，首先是完善我国民事证据制度，实现公正与效率的必然要求。我国《民事诉讼法》对证据的规定比较原则，长期以来，由于缺乏可供遵循的具体的证据规则，既容易造成法官对证据的审查判断产生过多的不确定性和偏差，影响案件的质量，又容易使一些当事人利用证据问题搞突然袭击、拖延诉讼，损害对方当事人的利益。这种情况的存在，很不利于人民法院对当事人诉讼权利的平等保护和审判效率的提高，是影响民事审判公正与效率的价值目标的重要因素。最高人民法院制定关于民事诉讼证据的司法解释，是实现民事审判公正与效率的一项重要措施。

其次，是深化民事审判制度改革的要求。民事诉讼证据问题是民事诉讼的核心问题，民事审判方式改革从八十年代后期开始发展到今天，证据问题已成为改革向前推进的瓶颈之一。审判实践中，有些当事人和律师对于诉讼中应如何举证、举哪些证、会有什么法律后果，不够明确，有的审判人员对如何指导当事人举证、如何具体确定举证责任的分配、如何组织当事人质证、如何认定证据等一系列问题不够明确，使一些诉讼活动和改革措施难以协调推进。因此，根据《民事诉讼法》的规定，制定一部比较系统的、统一的民事诉讼证据的司法解释，不仅是审判实践的迫切需要，也是保障人民法院依法有序进行改革的客观要求。

第三，也是我国加入世界贸易组织的要求。近年来，一些地方法院为解决审判实践中的民事证据问题，在审判方式改革的过程中制定了各自的证据规则，摸索了一些有益的经验，但是由于各地法院的证据规则不尽一致，容易造成执法上的不统一，不符合我国宪法关于法律面前人人平等的原则，也不符合世贸组织关于法制统一原则的要求。统一的证据规则是法制统一的重要组成部分，

我国加入世贸组织后，如果缺乏统一的证据规则，人民法院不能统一、公正地适用国家的法律，就可能使一般的案件演变为国家间的争端，这不仅会使我国的司法陷于被动，而且影响我国的经济利益和经济安全。

为此，最高人民法院在1999年制定的《人民法院五年改革纲要》中，就提出要完善民事证据制度，2000年又将其确定为22个重点调研课题之一，2001年将制定民事证据的司法解释确定为五项重点改革内容之一，并指定主管民事审判的几位副院长负责此项工作，由民一庭负责起草，有关业务庭室参加。在广泛征求全国人大法工委、中华全国律师协会、专家学者和全国各级人民法院意见的基础上，经过十多次比较大的修改后，最高人民法院审判委员会讨论通过了这一司法解释。

问：关于当事人举证，我国《民事诉讼法》虽有“谁主张，谁举证”的原则规定，但由于不够明确具体，实践中不易操作。司法解释是如何解决这一问题的？

答：《民事诉讼法》第六十四条规定的“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据”，是我国民事诉讼制度关于举证责任分配的基本原则。这一规定过于原则，实践中不易操作，不能完全解决举证责任分配的问题。审判人员在某些情况下对举证责任的分配难以进行判断，对于当事人未尽到自己的举证责任应承担什么后果，规定也不明确。因此，当事人缺乏举证的积极性和诉讼风险意识。举证责任问题中太多的模糊性和不确定性，不仅不利于当事人权利的保护，也容易给审判的权威性和公正性造成消极影响。为此，《规定》根据法律规定的原则，在总结审判实践经验的基础上，从以下几个方面对《民事诉讼法》关于举证责任的规定作具体化的解释：一是完善举证责任分配的一般规则。《民事诉讼法》对于举证责任的分配只在第六十四条规定了基本原则，没有明确如何具体分配举证责任以及举证责任的后果。《规定》在第二条首先对《民事诉讼法》的举证责任原则予以细化，对当事人没有证据或者证据不足以证明其事实主张的后果予以明确，在第五条、第六条中对合同纠纷案件和劳动争议案件中特殊事实的举证责任分配作了规定。通过上述规定，完善了举证责任分配的一般规则。二是进一步完善了举证责任倒置规则。最高人民法院《关于适用〈民事诉讼法〉若干问题的意见》第七十四条规定了举证责任倒置的情形，但不够具体，对于倒置哪些事实的举证责任仍不明确。为此，《规定》根据《民法通则》等实体法的规定和宗旨，总结审判实践经验和法学界的理论成果，在第四条对特殊类型的侵权案件适用举证责任倒置的情形予以具体化，进一步完善了举证责任倒置规则。三是为特殊情形下举证责任的分配提供规则。考虑到实践中举证责任问题的复杂性，《规定》在第七条对依据法律和司法解释无法确定

举证责任的承担者时，法官应当按照什么原则和考虑的因素去分配当事人的举证责任作出规定。同时,《规定》在第三条明确了人民法院对当事人举证进行指导的职责和当事人申请人民法院调查取证的权利。通过上述规定，不仅在很大程度上解决了《民事诉讼法》第六十四条在审判实践中的操作性问题，也进一步明确了人民法院对当事人举证的指导职责，强调了对当事人诉讼权利的保护，完善了我国举证责任的分配规则，确保举证责任制度的进一步推行能够取得良好的效果。

问：依据这一司法解释，人民法院在什么情况下调查收集证据？

答：《民事诉讼法》第六十四条第二款关于人民法院调查收集证据规定了两种情形，一是当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，二是人民法院认为审理案件需要的证据。由于法律没有对这两种情形的证据作出更加明确、具体的规定，实践中，受我国传统法律文化的影响，容易出现法官过多地依职权调查收集证据的现象，或者因缺乏有关规范对该调查而不予调查的现象，不利于发挥当事人在诉讼中的积极性，不利于当事人诉讼权利和实体权利的平等保护，也不利于法官保持中立地位和公正形象。

强化当事人举证责任，弱化和规范人民法院调查收集证据的职能，是现阶段我国民事审判方式改革的要求。为此,《规定》第十五条在《民事诉讼法》第六十四条的基础上，将“人民法院认为审理案件需要的证据”的范围明确解释为两种情形：一是为保护国家利益、社会公共利益和诉讼外第三人的合法权益，对于涉及可能有损国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的事实，人民法院应当依职权调查收集证据；二是对于如回避、依职权追加当事人等与当事人争议的实体权利不直接相关的诉讼程序事项，人民法院不依职权调查收集，民事诉讼程序无法推进，因此，应当由人民法院依职权调查收集。对于不属于第十五条规定的情形的，人民法院一般不得依职权而只能依当事人的申请调查收集证据。

关于当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据,《规定》第十七条作了进一步解释，明确了当事人及其诉讼代理人申请人民法院调查收集证据的条件，这类情形，主要是指国家有关部门保存的档案材料或者涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的材料。符合《规定》第十七条规定的条件的，当事人及其诉讼代理人可以申请人民法院调查收集证据。

问：理论界和实务界普遍认为，我国民事诉讼实行的是“证据随时提出主义”，司法解释规定的“举证时限”的依据是什么？

答：《民事诉讼法》第一百二十五条规定：“当事人可以在法庭上提出新的证据。”据此，理论界和实务界普遍认为，我国民事诉讼对当事人举证采取

"证据随时提出主义"，当事人在法庭审理的各个阶段均可提出新的证据。我们认为，该规定的本意在于保障当事人发现新的证据时向法庭提出的权利，并不是鼓励当事人的任何证据随时向法庭提出。由于法律和司法解释一直对于哪些证据属于可以在法庭上提出的新的证据不明确。因此，审判实践中，一些当事人滥用诉讼权利，在庭审前不提供证据，在庭审中搞突然袭击，或者一审不提供证据，在二审或再审中提出证据，达到拖延诉讼的目的。这不仅违反了诚实信用原则，对于另一方当事人极不公平，而且严重干扰诉讼活动的正常进行，增加当事人的诉讼成本，也造成人民法院大量的重复劳动，浪费了有限的审判资源，是妨碍审判效率提高的重要原因。民事诉讼的目的是通过解决当事人之间的争议维护其合法权益，当事人不断变更诉讼请求、提供证据，争议的焦点问题就无法固定，人民法院难以进行正常的审理，对当事人的合法权益也无法给予及时的保护。同时，由于《民事诉讼法》对当事人的举证期限没有明确规定，对审理期限却有着严格的规定，当事人随时举证的情形导致人民法院部分案件难以在审限内审结，社会各界对此意见较大，影响了人民法院的威信和法律实施的效果。

事实上，我国民事诉讼制度并不排斥举证时限。《海事诉讼特别程序法》第八十四条规定，"当事人应当在开庭审理前完成举证"。人民法院要在法律规定的期限内审结案件，就应当根据不同案件的具体情况，对整个诉讼活动作出合理的安排。各个诉讼主体只有按照法律规定的期间和人民法院指定的期间完成自己的诉讼义务，才能确保案件的及时审结。因此,《规定》根据《民事诉讼法》第七十五条第一款关于"期间包括法定期间和人民法院指定的期间"的规定，在第三十三条中规定人民法院在送达案件受理通知书和应诉通知书时，可以根据案件情况指定举证期限以及逾期提供证据的法律后果。并在第三十四条中将其解释为"当事人在举证期限内不提交的，视为放弃举证权利。"为克服"证据随时提出主义"的弊端，充分保护当事人的诉讼权利，提高人民法院的审判效率,《规定》以与时俱进的精神，一方面对《民事诉讼法》第七十五条第一款人民法院指定期间作进一步解释，明确其法律效力，另一方面对《民事诉讼法》第一百二十五条第一款和第一百七十九条第一款第（一）项"新的证据"的内容予以明确，并对与举证时限关系密切的证据交换问题也作出规定，以实现庭前固定证据、固定争点的目的。

问：司法解释如何界定"新的证据"？为什么作出这种界定？

答：《民事诉讼法》中"新的证据"规定在第一百二十五条和第一百七十九条。第一百二十五条第一款规定，"当事人在法庭上可以提出新的证据"；第一百七十九条第一款规定，当事人申请再审，"有新的证据，足以推翻原判决、

裁定的"，人民法院应当再审。但是，什么样的证据属于"新的证据"，"新的证据"应当如何提出，《民事诉讼法》没有明确。因此，明确、科学地界定"新的证据"的含义，是公正及时地保护当事人权利的迫切要求，也是审判实践的迫切需要。

《规定》在第四十一条和第四十二条针对一审、二审的不同情况，对《民事诉讼法》第一百二十五条第一款的"新的证据"和"在法庭上提出"作出解释。为保障《民事诉讼法》第七十五条第一款"人民法院指定的期间"的法律效果落到实处，避免人民法院指定或者认可的举证期间流于形式，防止恶意的当事人利用证据搞突然袭击，保障举证期限内因客观原因无法提供证据的当事人的诉讼权利，《规定》将一审程序的新的证据界定为一审举证期限届满后新发现的证据或者举证期限内因客观原因无法提供且在延长的期限内仍无法提供的证据。关于二审程序中新的证据，一方面考虑到时间上的衔接，将新发现证据的时间确定在一审庭审结束后，另一方面考虑到在当事人申请人民法院调查取证的情形下，一审未准许当事人的申请，二审认为应当准许并依当事人的申请调取的证据，也是当事人在一审期间因客观原因无法在举证期限内提交的证据，从保护当事人诉讼权利出发，应当视为二审程序中的新的证据。为防止一方当事人滥用诉讼权利损害对方当事人的合法权益，维护生效裁判的稳定性和权威性，《规定》将《民事诉讼法》第一百七十九条规定的"新的证据"解释为原审庭审结束后新发现的证据。当事人以新的证据申请再审的，应当在申请再审时提供该证据。

无论在一审程序、二审程序还是再审程序中，当事人主张有新的证据的，都应当对司法解释规定的相应的新的证据的情形承担举证责任。

问：*司法解释第六十三条规定，"人民法院应当以证据能够证明的案件事实为依据依法作出裁判"，对此应如何理解？*

答：《民事诉讼法》第七条规定："人民法院审理民事案件必须以事实为根据，以法律为准绳。"事实是客观存在的反映，因此，诉讼活动应当把"客观真实"作为追求的最高目标。但是案件的事实是靠证据来证明的，《民事诉讼法》第六十三条规定"证据必须查证属实，才能作为认定事实的根据。"因此，人民法院根据法律规定的诉讼程序查明的事实，实质上是一种法律上的真实。作为民事诉讼的证明要求，应当努力追求"法律真实"与"客观真实"相一致，但民事诉讼的特点决定，在程序公正、公开的条件下，人民法院只能以通过依法审核认定证据所确认的案件事实，作为裁判的依据。也就是说，民事诉讼中查明的案件事实不可能每一个事实都与已经发生的客观事实完全一样。但民事纠纷是应当依法及时作出裁判的，因此，《规定》第六十三条进一步明确：

人民法院应当以证据能够证明的案件事实为依据依法作出裁判。

问：审判人员应当依据什么原则审查判断证据？

答：《规定》第六十四条确立了法官依法独立审查判断证据的原则。

《民事诉讼法》第六十四条规定“人民法院应当依照法定程序，全面客观审查判断证据”。由于该规定比较原则，法官在审查判断证据时容易产生裁量权过大的问题。为此，《规定》第六十四条在《民事诉讼法》第六十四条的基础上，进一步明确了法官依法独立审查判断证据的原则。即：“审判人员应当依照法定程序，全面、客观地审核证据，依据法律的规定，遵循法官职业道德，运用逻辑推理和日常生活经验，对证据有无证明力和证明力大小独立进行判断，并公开判断的理由和结果。”

问：依据司法解释，未经对方同意录制的音像资料能不能作为证据？

答：《规定》在第六十八条确定了非法证据的判断标准和排除规则。

关于非法证据标准问题，最高人民法院曾经作出法复（1995）2号《关于未经对方当事人同意私自录制其谈话取得的资料不能作为证据使用的批复》，将录音资料的证据合法性标准限定在经对方当事人同意，未经对方同意私自录制的，不具有合法性，不能作为证据使用。从这几年审判实践的效果来看，采用这种非法证据的标准，虽然有它积极的一面，但是经过实践和理论上的进一步研究，许多人认为，未经对方当事人同意私自录制音像资料的情况是很复杂的，实践中一方当事人主张同意对方当事人录制其谈话的情形是极其罕见的。而依据这个《批复》，审判人员即使确信证据内容的真实性也无法对权利人予以保护，因此，对于这些证据材料应当根据不同情况区别对待。为此，《规定》第六十八条重新明确了非法证据的判断标准，即除以侵害他人合法权益（如违反社会公共利益或者社会公德侵害他人隐私）或者违反法律禁止性规定的方法（如擅自将窃听器安装到他人住处进行窃听）取得的证据外，其他情形不得视为非法证据。

问：依据司法解释，双方当事人举出的证据相互矛盾，又都不能否定对方证据的，人民法院如何对案件事实作出认定？

答：实践中确实存在这种情况：双方当事人就同一事实分别提出相反证据，这些证据都能够在一定程度上支持其各自的主张，又都不足以否定对方的证据。这种情况下，对案件事实的认定，涉及到证明标准的问题。

我国《民事诉讼法》没有明确民事诉讼的证明标准。实践中，在证明某一事实的证据无法达到确凿程度情况下如何处理，经常使很多审判人员感到困惑。根据审判实践经验，民事诉讼与刑事诉讼的证明标准是有差异的，不同案件证据证明所能达到的程度往往也是有差别的。由于法官是不能拒绝裁判的，所以，

在民事证据无法达到确实充分，所证明的事实不能达到完全排除其他可能性的情况下，只有按照“高度盖然性”的证明标准作出判断。因此，《规定》第七十三条规定：在双方当事人对同一事实举出相反证据且都无法否定对方证据的情况下，由人民法院对当事人证据的证明力进行衡量。如果一方提供的证据的证明力明显大于另一方，则可以认为证明力较大的证据支持的事实具有高度盖然性，人民法院应当依据这一事实作出裁判。如果通过证明力的比较，仍无法对争议事实作出认定，争议事实仍处于真伪不明的状态，审判人员应当依据举证责任的分配规则作出裁判，由承担举证责任的一方当事人承担不利后果。这是民事诉讼的特点和规律决定的。这一司法解释公布后，有待于广大审判人员尽快掌握和熟练运用，也有待于社会各界对司法理念的理解与维护，才能在实施过程中取得良好的法律效果和社会效果。

最高人民法院《〈关于民事诉讼证据的若干规定〉文书样式（试行）》的通知

（2003 年 1 月 9 日　法发〔2003〕2 号）

各省、自治区、直辖市高级人民法院，解放军军事法院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院：

为推动最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》的贯彻施行，进一步规范人民法院的审判活动，最高人民法院审判委员会于 2002 年 11 月 25 日第 1258 次会议讨论通过《〈关于民事诉讼证据的若干规定〉文书样式（试行）》。现印发给你们，请认真贯彻执行。执行中如存在问题，望及时报告我院。

附：

《关于民事诉讼证据的若干规定》文书样式（试行）

目　录

8. 二审指定举证期限通知书
9. 重新指定举证期限通知书
10. 人民法院依当事人申请组织证据交换通知书
11. 人民法院依职权组织交换证据通知书
12. 不予准许交换证据申请通知书
13. 准许当事人调查收集证据申请通知书
14. 不予准许当事人调查收集证据申请决定书
15. 复议决定书（当事人申请法院调查收集证据的复议申请）
16. 复议决定书（撤销原决定）
17. 证据保全担保通知书
18. 证据保全裁定书
19. 驳回证据保全申请通知书
20. 准许重新鉴定申请通知书
21. 不予准许重新鉴定申请通知书
22. 准许证人出庭作证申请通知书
23. 不予准许证人出庭作证申请通知书
24. 人民法院依当事人申请通知证人出庭作证通知书
25. 人民法院依职权通知证人出庭作证通知书
26. 人民法院准许具有专门知识人员出庭协助质证的申请通知书
27. 人民法院不予准许具有专门知识的人员出庭申请通知书
28. 具有专门知识的人员出庭通知书
29. 对新的证据提出意见或转换举证通知书
30. 程序转换通知书
31. 证据收据

《关于民事诉讼证据的若干规定》文书样式之一

×××人民法院
应诉通知书

（××××）×××字第××号

×××：

本院已受理×××（原告或者上诉人的姓名或名称）诉你方×××（案由）纠纷一案，现发送×诉状副本一份，并将有关事项通知如下：

一、当事人在诉讼过程中，有权行使《中华人民共和国民事诉讼法》第五十条、第五十一条、第五十二条等规定的诉讼权利，同时必须遵守诉讼秩序，履行诉讼义务。

二、你方应当在收到×诉状之日起十五日（涉外案件为三十日）内向本院提交答辩状一式×份。

三、法人或者其他组织参加诉讼的，应当提交法人或者其他组织资格证明以及法定代表人身份证明书或者负责人身份证明书。自然人参加诉讼的，应当提交身份证明。

四、需要委托代理人代为诉讼的，应当提交由委托人签名或者盖章的授权委托书，授权委托书应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第五十九条的规定载明委托事项和权限。

××××年××月××日

（院印）

样式之一的说明：

本通知书送达被告或者被上诉人。

《关于民事诉讼证据的若干规定》文书样式之二

×××人民法院
举证通知书

（××××）×××字第××号

×××：

根据《中华人民共和国民事诉讼法》和最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》，现将有关举证事项通知如下：

一、当事人应当对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实承担举证责任。当事人没有证据或者提出的证据不足以证明其事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。

二、向人民法院提供证据，应当提供原件或者原物，或经人民法院核对无异的复制件或者复制品。并应对提交的证据材料逐一分类编号，对证据材料的来源、证明对象和内容作简要说明，依照对方当事人人数提出副本。

三、申请鉴定，增加、变更诉讼请求或者提出反诉，应当在举证期限届满前提出。

四、你方申请证人作证，应当在举证期限届满的十日[①]前向本院提出申请。

五、申请证据保全，应当在举证期限届满的七日[②]前提出，本院可根据情况要求你方提供相应的担保。

六、你方在收到本通知书后，可以与对方当事人协商确定举证期限后，向本院申请认可。

你方与对方当事人未能协商一致，或者未申请本院认可，或本院不予认可的，你方应当于××××年××月××日前向本院提交证据。

七、你方在举证期限内提交证据材料确有困难的，可以依照最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第三十六条的规定，向本院申请延期举证。

八、你方在举证期限届满后提交的证据不符合最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第四十一条、第四十三条第二款、第四十四条规定的“新的证据”的规定的，视为你方放弃举证权利。但对方当事人同意质证的除外。

九、符合最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第十七条规定的条件之一的，你方可以在举证期限届满的七日前书面申请本院调查收集证据。

附：

1. 存在最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》）第四条或者第五条、第六条规定的情形的，审判人员可以针对不同案件情况填写。

2. 如当事人可能提供域外形成的证据的，审判人员应当根据《证据规定》第十一条、第

十二条的规定，填写相关内容。

3. ……（审判人员认为有必要的，可以根据案件的具体情况，指定当事人提供与本案有关的证据）

××××年××月××日

（院印）

注：

①适用简易程序的，当事人申请的时间可以不受十日的限制。

②适用简易程序的，当事人申请的时间可以不受七日的限制。

样式之二的说明：

本通知书适用于一审诉讼程序。

人民法院指定举证期限时，应当指定举证期限届满的时间。后收到通知书的一方当事人举证期限不足30日的，自其收到通知书起第31日为举证期限届满的时间。

《关于民事诉讼证据的若干规定》文书样式之三

×××人民法院
通知书
（准许延长举证期限申请）

（××××）×××字第××号

×××：

你方与××××（对方当事人的姓名或者名称及案由）纠纷一案，×××（申请人的姓名或者名称）于××××年××月××日以……（申请延长举证期限的理由），在举证期限内提交证据确有困难为由，向本院申请延期举证。

经审查，×××（申请人的姓名或者名称）的申请符合最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第三十六条的规定，本院予以准许。延长本案举证期限至××××年××月××日。

××××年××月××日

（院印）

样式之三的说明：

①本通知书适用于《证据规定》第三十六条的情形。

②延长举证期限系延长双方当事人的举证期限，而非仅针对一方当事人。本通知书应当送达双方当事人。

《关于民事诉讼证据的若干规定》文书样式之四

×××人民法院
通知书
(不予准许延长举证期限申请)

(××××)×××字第××号

×××:

你方与××××(对方当事人的姓名或者名称及案由)纠纷一案,×××(申请人的姓名或者名称)于××××年××月××日以……(申请延长举证期限的理由),在举证期限内提交证据确有困难为由,向本院申请延期举证。

经审查,×××(申请人的姓名或者名称)申请延长举证期限的理由不成立,根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第三十六条的规定,本院不予准许。

××××年××月××日

(院印)

样式之四的说明:

①本通知书适用于《证据规定》第三十六条的情形。

②本通知书送达申请人。本通知书的内容,人民法院可以口头方式告知申请人,并记入笔录,由当事人或代理人签名。

《关于民事诉讼证据的若干规定》文书样式之五

×××人民法院
通知书
（准许/不予准许当事人变更举证期限申请）

（××××）×××字第××号

×××：

你方与××××（对方当事人的姓名或者名称及案由）纠纷一案，本院于××××年××月××日向你方发出举证通知书，指定你方于××××年××月××日前向本院提交证据。现你方与×××（对方当事人的姓名或者名称）协商确定双方于××××年××月××日前完成举证，并向本院申请认可。

经审查，本院予以准许（或“不予准许”）。

××××年××月××日

（院印）

样式之五的说明：

准许的通知书应当送达双方当事人。不予准许的通知书，人民法院可以口头方式告知申请人，并记入笔录，由当事人或代理人签名。

《关于民事诉讼证据的若干规定》文书样式之六

×××人民法院
通知书
(因公告送达变更举证期限)

(××××)×××字第××号

×××:

你方与××××(对方当事人的姓名或者名称及案由)纠纷一案,因……(根据案件涉及的"受送达人下落不明,或者以其他方式无法送达"的具体情况填写),本院现以公告方式向其送达有关诉讼文书。本案举证期限届满之日变更至××××年××月××日。逾期提供证据的,视为放弃举证权利。

××××年××月××日

(院印)

样式之六的说明:

①变更后的举证期限届满日应自公告期届满之日起不少于30日。

②本通知书送达公告送达的受送达人之外的当事人。

《关于民事诉讼证据的若干规定》文书样式之七

×××人民法院
通知书
（因追加当事人或有独立请求权第三人参加诉讼变更举证期限）

（××××）×××字第××号

×××：

你方与××××（对方当事人的姓名或者名称及案由）纠纷一案，因……（根据案件涉及的“追加当事人”或者“××作为有独立请求权第三人参加诉讼”具体情况填写，并应当写明追加的当事人的名称及诉讼地位），本院决定本案举证期限届满之日变更至××××年××月××日。逾期提供证据的，视为放弃举证权利。

××××年××月××日

（院印）

样式之七的说明：

本通知书送达被追加人之外的各方当事人。

《关于民事诉讼证据的若干规定》文书样式之八

×××人民法院
通知书
（二审指定举证期限）

（××××）×××字第××号

×××：

本院已受理你方与×××（对方当事人的姓名或者名称及案由）纠纷上诉一案。依照最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》，你方如有新的证据，可以与对方当事人协商确定举证期限后，向本院申请认可；未能协商一致，或者未申请本院认可，或者本院不予认可的，你方应当在××××年××月××日前提交有关证据。逾期提交证据的，视为放弃举证权利。

××××年××月××日

（院印）

样式之八的说明：

①本通知书适用于二审指定举证期限的情形。

②人民法院指定的二审举证期限，不受《证据规定》第三十三条第三款“不少于三十日”的限制，人民法院可以根据案件情况指定。

③本通知书送达双方当事人。

《关于民事诉讼证据的若干规定》文书样式之九

×××人民法院
通知书
（重新指定举证期限）

（××××）×××字第××号

×××：

你方与××××（对方当事人的姓名或者名称及案由）纠纷一案，×××（提出变更诉讼请求或反诉的当事人的姓名或者名称）已在举证期限届满前……（可根据当事人变更诉讼请求或者提出反诉的具体情况填写。适用《证据规定》第三十五条情形的，应当表述为“×××经本院告知已变更诉讼请求”）。

你方应当于××××年××月××日前向本院提交证据。逾期不提交的，视为放弃举证权利。

××××年××月××日

（院印）

样式之九的说明：

《关于民事诉讼证据的若干规定》文书样式之十

×××人民法院
通知书
（人民法院依当事人申请组织证据交换）

（××××）×××字第××号

×××：

你方与××××（对方当事人的姓名或者名称及案由）纠纷一案，经×××（申请人姓名或者名称）申请，本院根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第三十七条的规定，决定组织当事人于××××年××月××日××时××分交换证据，你方应准时到×××（证据交换的地点）参加。证据交换之日举证期限届满，逾期提供证据的，视为放弃举证权利。

××××年××月××日

（院印）

样式之十的说明：

①本通知书适用于《证据规定》第三十七条第一款的情形。

②本通知书送达双方当事人。

《关于民事诉讼证据的若干规定》文书样式之十一

×××人民法院
通知书
（人民法院依职权组织证据交换）

（××××）×××字第××号

×××：

你方与××××（对方当事人的姓名或者名称及案由）纠纷一案，由于……（由审判人员根据案件证据较多或复杂疑难的具体情况填写），本院根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第三十七条（再次组织证据交换的，应当依据《证据规定》第四十条）的规定，决定组织当事人于××××年××月××日××时××分交换证据，你方应准时到××（证据交换的地点）参加。证据交换之日举证期限届满，逾期提供证据的，视为放弃举证权利。

××××年××月××日

（院印）

样式之十一的说明：

①本通知书适用于《证据规定》第三十七条第二款和第四十条的情形。

②本通知书送达双方当事人。

《关于民事诉讼证据的若干规定》文书样式之十二

×××人民法院
通知书
（不予准许证据交换申请）

（××××）×××字第××号

×××：

你方因与××××（对方当事人的姓名或者名称及案由）纠纷一案，于××××年××月××日向本院申请庭前交换证据。

经审查，本院认为，……（写明不予准许的理由）。对你方的申请，本院决定不予准许。

××××年××月××日
（院印）

样式之十二的说明：

①本通知书适用于《证据规定》第三十七条第一款的情形。

②本通知书送达申请人。本通知书内容，审判人员可口头告知当事人，并记入笔录，由当事人或者代理人签字。

《关于民事诉讼证据的若干规定》文书样式之十三

×××人民法院
通知书
（准许当事人申请法院调查收集证据）

（××××）×××字第××号

×××：

你方与××××（对方当事人的姓名或者名称及案由）纠纷一案，×××（申请人的姓名或者名称）于××××年××月××日向本院申请调查收集……（当事人申请调查收集的证据的名称）。

经审查，你方的申请符合最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》的有关规定，本院予以准许。

××××年××月××日
（院印）

样式之十三的说明：

①本通知书送达申请方。

②本通知书的内容，人民法院可以口头告知当事人，并记入笔录，由申请人签字或者盖章。

《关于民事诉讼证据的若干规定》文书样式之十四

×××人民法院
决定书
（不予准许当事人申请法院调查收集证据）

（××××）×××字第××号

×××：

你方因与××××（对方当事人的姓名或者名称及案由）纠纷一案，于××××年××月××日向本院申请调查收集……（当事人申请调查收集的证据名称）。

经审查，本院认为，……（人民法院不予准许当事人调查收集证据申请的理由）。你方的申请不符合最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第十七条（可根据情况以第十八条或者第十九条为依据）的规定，本院决定不予准许。

如不服本决定，可以在收到本决定书的次日起三日内向本院书面申请复议一次。

××××年××月××日

（院印）

样式之十四的说明：

本决定书送达申请人。

《关于民事诉讼证据的若干规定》文书样式之十五

×××人民法院
复议决定书
（驳回不予准许调查收集证据申请的复议）

（××××）×××字第××号

×××：

你方不服本院（××××）×××字第××号不予准许调查收集证据申请的决定，于××××年××月××日向本院申请复议。提出：……（当事人申请复议的请求和理由）。

经审查，本院认为，……（人民法院作出复议决定的理由）。依照最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第十九条的规定，决定如下：

驳回申请，维持原决定。

××××年××月××日

（院印）

样式之十五的说明：

本决定书送达申请人。

《关于民事诉讼证据的若干规定》文书样式之十六

×××人民法院
复议决定书
（撤销原决定）

（××××）×××字第××号

×××：

×××不服本院（××××）×××字第××号不予准许调查收集证据申请的决定，于××××年××月××日向本院申请复议。提出：……（申请复议的请求和理由）。

经审查，本院认为，……（人民法院作出复议决定的理由）。依照最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第十九条的规定，决定如下：

一、撤销本院××××年××月××日（××××）×××字第×××号决定；

二、准许×××（申请人民法院调查收集证据的当事人的姓名或者名称）于××××年××月××日向本院提出的调查收集……（当事人向人民法院申请调查收集的证据的名称）的申请。

××××年××月××日

（院印）

样式之十六的说明：

本决定书送达申请人。

《关于民事诉讼证据的若干规定》文书样式之十七

×××人民法院
通知书
（证据保全担保）

（××××）×××字第××号

×××：

你方因与××××（对方当事人的姓名或者名称及案由）纠纷一案，于××××年××月××日向本院提出关于……（当事人申请保全的证据名称）证据保全的申请。根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第二十三条第二款的规定，你方应当在收到本通知之日起××日内提供……（具体的担保方式。采取何种担保形式，人民法院可根据案件的具体情况指定）作为担保。逾期不提供担保的，视为放弃申请。

××××年××月××日
（院印）

样式之十七的说明：

本通知书送达申请人。

《关于民事诉讼证据的若干规定》文书样式之十八

×××人民法院
民事裁定书
（证据保全用）

（××××）×××字第××号

申请人……（姓名或名称、住所地等基本情况）

被申请人……（姓名或名称、住所地等基本情况）

本院在审理×××与×××（当事人姓名或者名称及案由）纠纷一案中，×××（申请人姓名或者名称）于××××年××月××日向本院提出证据保全申请，请求……（当事人申请对何证据采取何种保全方法，当事人提供担保的，也应当写明）。

本院经审查认为，……（人民法院作出证据保全裁定的理由）。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第七十四条、最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第二十四条第一款的规定，裁定如下：

……（保全的证据名称、数量等情况及保全方法）。

审判长

审判员（或独任审判员）

审判员

××××年××月××日

（院印）

本件与原本核对无异

书记员

样式之十八的说明：

本裁定书应当送达申请人以及所涉及的各方当事人或相关的第三人。

《关于民事诉讼证据的若干规定》文书样式之十九

×××人民法院
通知书
（驳回证据保全申请）

（××××）×××字第××号

×××：

你方因与×××（对方当事人姓名或名称及案由）纠纷一案中，于××××年××月××日向本院提出证据保全申请，请求……（当事人申请对何证据采取何种保全方法，当事人提供担保的，也应当写明）。

本院经审查认为，……（作出决定的理由）。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第七十四条、最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第二十三条（有其他法律或司法解释规定的，可援引）的规定，本院决定驳回你方的证据保全申请。

××××年××月××日
（院印）

样式之十九的说明：

本通知书送达申请人。通知书内容可以口头方式告知当事人，并记入笔录，由当事人或者代理人签字。

《关于民事诉讼证据的若干规定》文书样式之二十

×××人民法院
通知书
（准许重新鉴定申请）

（××××）×××字第××号

×××：

×××（申请重新鉴定的当事人的姓名或者名称）因与×××（对方当事人的姓名或者名称及案由）纠纷一案，对××院委托×××（鉴定机构的名称或者鉴定人员的姓名）所作的鉴定结论有异议，认为……（当事人申请重新鉴定的理由），并于××××年××月××日向本院申请重新鉴定。

经审查，×××（申请人的姓名或者名称）的申请符合最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第二十七条的规定，本院予以准许。

××××年××月××日

（院印）

样式之二十的说明：

①本通知书适用《证据规定》第二十七条规定的情形。

②本通知书送达各方当事人。通知书的内容，审判人员可以当庭以口头方式告知当事人，并记入笔录，由双方当事人或者代理人签字。

《关于民事诉讼证据的若干规定》文书样式之二十一

×××人民法院
通知书
（不予准许重新鉴定申请）

（××××）×××字第××号

×××：

你方因与×××（对方当事人的姓名或者名称及案由）纠纷一案，对××（原委托鉴定的人民法院名称）院委托××（原鉴定机构的名称或者鉴定人员的姓名）所作的鉴定结论有异议，认为……（当事人申请重新鉴定的理由），并于××××年××月××日向本院申请重新鉴定。

经审查，……（不予准许当事人重新鉴定申请的理由），你方的申请不符合最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第二十七条的规定，本院不予准许。

××××年××月××日

（院印）

样式之二十一的说明：

①本通知书适用于《证据规定》第二十七条规定的情形。

②本通知书送达申请人。通知书的内容，审判人员可以口头方式告知申请人，并记入笔录，由申请人或者其代理人签字。

《关于民事诉讼证据的若干规定》文书样式之二十二

×××人民法院
通知书
（准许当事人申请证人出庭作证）

（××××）×××字第××号

×××：

你方因与×××（对方当事人的姓名或者名称及案由）纠纷一案，于××××年××月××日向本院申请证人×××（证人的姓名或者名称）出庭就……（证人作证的事项）事项陈述证言。

经审查，你方的申请符合最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第五十四条的规定，本院予以准许。

××××年××月××日

（院印）

样式之二十二的说明：

①本通知书适用于《证据规定》第五十四条的情形。

②本通知书送达申请方，但有关证人出庭作证的申请，应当记入证据目录或证据收据。

《关于民事诉讼证据的若干规定》文书样式之二十三

×××人民法院
通知书
（不予准许当事人申请证人出庭作证）

（××××）×××字第××号

×××：

你方因与×××（对方当事人的姓名或者名称）纠纷一案，于××××年××月××日向本院申请证人×××（证人的姓名或者名称）出庭就……（证人作证的事项）事项陈述证言。经审查，……（不予准许当事人申请的理由），本院不予准许。

××××年××月××日
（院印）

样式之二十三的说明：

①本通知书适用于《证据规定》第五十四条的情形。

②本通知书送达申请人。通知书的内容，审判人员可口头告知申请人，并记入笔录，由当事人或者代理人签字。

《关于民事诉讼证据的若干规定》文书样式之二十四

×××人民法院
通知书
（人民法院依当事人申请通知证人出庭作证）

（××××）×××字第××号

×××：

×××与×××（当事人的姓名或者名称及案由）纠纷一案，×××（申请证人出庭作证的当事人的姓名或者名称）向本院申请你（单位作为证人的，可填写“你单位”）出庭作证，并已经本院准许。你（单位作为证人的，可填写“你单位”）应于××××年××月××日××时××分携带有效身份证明到××（证人作证的地点）出席法庭审理（证人出席证据交换陈述证言的，可表述为“证据交换”），陈述证言。根据《中华人民共和国民事诉讼法》和最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》，现将有关事项通知如下：

一、凡是知道案件情况的单位和个人，都有义务出庭作证。

二、证人应当客观陈述亲身感知的事实，不得使用猜测、推断或者评论性的语言。证人不得宣读事先准备的书面证言。

三、证人应当如实作证，并如实回答审判人员和当事人的询问，作伪证的，应承担相应的法律责任。

四、证人不得旁听法庭审理，不得与当事人和其他证人交换意见。

五、证人的合法权利受法律保护。

××××年××月××日

（院印）

样式之二十四的说明：

①本通知书适用于《证据规定》第五十四条的情形。

②本通知书送达证人。

《关于民事诉讼证据的若干规定》文书样式之二十五

×××人民法院
通知书
（人民法院依职权通知证人出庭作证）

（××××）×××字第××号

×××：

×××与×××（当事人的姓名或者名称及案由）纠纷一案，本院现通知你（单位作为证人的，可填写“你单位”）作为证人，就……（证人作证的事项）事项出庭陈述证言。你（单位作为证人的，可填写“你单位”）应于××××年××月××日××时××分携带有效身份证明到××（证人作证的地点）出席法庭审理（证人出席证据交换陈述证言的，可表述为“证据交换”），陈述证言。根据《中华人民共和国民事诉讼法》和最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》，现将有关事项通知如下：

一、凡是知道案件情况的单位和个人，都有义务出庭作证。

二、证人应当客观陈述亲身感知的事实，不得使用猜测、推断或者评论性的语言。证人不得宣读事先准备的书面证言。

三、证人应当如实作证，并如实回答审判人员和当事人的询问，作伪证的，应承担相应的法律责任。

四、证人不得旁听法庭审理，不得与当事人和其他证人交换意见。

五、证人的合法权利受法律保护。

××××年××月××日

（院印）

样式之二十五的说明：

①本通知书适用于人民法院依职权传唤证人出庭作证情形。

②本通知书送达证人。

《关于民事诉讼证据的若干规定》文书样式之二十六

×××人民法院
通知书
（准许具有专门知识人员出庭协助质证的申请）

（××××）×××字第××号

×××：

你方与×××（对方当事人的姓名或者名称及案由）纠纷一案，×××（申请具有专门知识的人员出庭的当事人的姓名或者名称）于××××年××月××日向本院申请×××（当事人申请的具有专门知识的人员的姓名）作为具有专门知识的人员出庭，就……（具有专门知识的人员协助质证的事项）事项协助质证。经审查，×××（申请具有专门知识的人员出庭的当事人的姓名或者名称）的申请符合最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第六十一条的规定，本院予以准许。

××××年××月××日

（院印）

样式之二十六的说明：

①本通知书适用于《证据规定》第六十一条的情形。

②为程序公正考虑，此通知书送达双方当事人。

《关于民事诉讼证据的若干规定》文书样式之二十七

×××人民法院
通知书
（不予准许具有专门知识人员出庭协助质证的申请）

（××××）×××字第××号

×××：

你方因与×××（对方当事人的姓名或者名称及案由）纠纷一案，于××××年××月××日向本院申请×××（当事人申请的具有专门知识的人员的姓名）作为具有专门知识的人员出庭，就……（具有专门知识的人员协助质证的事项）事项协助质证。经审查，你方的申请……（人民法院可以根据案件的具体情况，写明不予准许的理由），本院不予准许。

××××年××月××日

（院印）

样式之二十七的说明：

①本通知书适用于《证据规定》第六十一条规定的情形。

②本通知书送达申请人。通知书内容，审判人员可口头告知申请人，并记入笔录，由申请人或者代理人签字。

《关于民事诉讼证据的若干规定》文书样式之二十八

×××人民法院
通知书
（具有专门知识人员出庭协助质证）

（××××）×××字第××号

×××：

×××与×××（当事人的姓名或者名称及案由）纠纷一案，×××（申请具有专门知识的人员出庭的当事人的姓名或者名称）向本院申请你作为具有专门知识的人员出庭，就本案涉及的……（具有专门知识的人员协助质证的具体的专门性问题）问题协助其质证。本院经审查已准许×××（申请具有专门知识的人员出庭的当事人的姓名或者名称）的申请。现将有关事项通知如下：

一、你应当于××××年××月××日××时××分携带有效身份证明到××（法庭审理的地点）出席法庭审理。

二、你应当遵守法庭秩序，服从审判人员指挥，不得参与本案与……（具有专门知识的人员协助质证的具体的专门性问题）问题无关的诉讼活动。

三、审判人员和当事人可以对你进行询问。经人民法院准许，你可以与对方当事人申请的具有专门知识的人员就……（具有专门知识的人员协助质证的具体的专门性问题）问题进行对质。

四、你在法庭上可以就……（具有专门知识的人员协助质证的具体的专门性问题）问题对鉴定人进行询问。

××××年××月××日

（院印）

样式之二十八的说明：

①本通知书适用于《证据规定》第六十一条的情形。

②本通知书送达出庭协助质证的具有专门知识的人员。

《关于民事诉讼证据的若干规定》文书样式之二十九

×××人民法院
通知书
（对新的证据提出意见或者举证）

（××××）×××字第××号

×××：

你方与×××（对方当事人的姓名或者名称及案由）纠纷一案，×××（主张新的证据的当事人的姓名或者名称）依照最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》的有关规定向本院提交了新的证据：……（新的证据的名称）。你方应当在××××年××月××日前针对该项新的证据提出意见或者举证。逾期提交证据的，视为放弃举证权利。

××××年××月××日
（院印）

样式之二十九的说明：

①本通知书适用于《证据规定》第四十五条的情形。

②本通知书送达提出新的证据的当事人的对方。

《关于民事诉讼证据的若干规定》文书样式之三十

×××人民法院
通知书
（简易程序转普通程序）

（××××）×××字第××号

×××：

你方与×××（对方当事人的姓名或者名称及案由）纠纷一案，本院在适用简易程序审理的过程中，发现案情复杂，依照最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第170条的规定，决定将本案转为适用普通程序，并由×××担任审判长，与×××、×××组成合议庭进行审理。

本案的举证期限延长至××××年××月××日，逾期提供证据的，视为放弃举证权利。

××××年××月××日

（院印）

样式之三十的说明：

①简易程序转为普通程序后，涉及举证期限的变化，由此，在程序转换通知书中应当一并写明有关举证期限的确定。

②本通知书送达双方当事人。

《关于民事诉讼证据的若干规定》文书样式之三十一

×××人民法院
证据收据

（××××）×××字第××号

今收到×××（提交证据的当事人的姓名或者名称）提交的证据……（单一证据可填写证据名称。如证据较多，可表述为“参见附录”）一式××份。

签收人：×××
××××年××月××日

附录：

序号
证据名称
份数
页数
原件/复制件
证明目的
备注

最高人民法院民一庭负责人就《关于民事诉讼证据的若干规定》文书样式（试行）答记者问

问：请您谈一谈制定《证据规定》文书样式的背景和意义。

答：1991年《民事诉讼法》实施后，最高人民法院制定了一系列的诉讼文书样式。这些文书样式对于规范人民法院的审判活动、指导当事人诉讼起到了积极的促进作用。但随着社会的发展和我国改革开放的深化，新的司法解释相继出台，原有的一些文书样式已不能充分适应市场经济条件下民事诉讼的需要，诉讼文书改革作为人民法院改革的重要内容，已列入最高人民法院的议事日程。《证据规定》文书样式的制定，是最高人民法院诉讼文书改革的重要环节和阶段性成果。

2001年12月，最高人民法院公布了《证据规定》。这部司法解释的公布施行，对于提高民事审判的公正与效率，推进人民法院改革具有积极的意义。为促进《证据规定》的贯彻施行，更好地解决《证据规定》在审判实践中的操作性问题，根据《证据规定》的要求，我们对原有的诉讼文书样式作了相应的修改，同时对《证据规定》中新增加的告知事项制定了相关的文书样式。

《证据规定》文书样式（试行），从操作层面上进一步深化了《证据规定》公正保护当事人诉讼权利和提高诉讼效率的宗旨，对于推动《证据规定》的贯彻执行，促进民事审判的公正与效率，具有十分积极的意义。

问：文书样式的起草遵循什么样的指导思想？

答：在文书样式的起草过程中，我们遵循以下三个原则：

1. 以最高人民法院《证据规定》为依据，从审判实践的需要出发，确定文书样式的格式和内容，通过文书样式，进一步推动司法解释的贯彻施行。《证据规定》作为我国第一部关于民事证据的司法解释，确立了民事诉讼中证据问题适用法律的原则，但对于有关操作性问题没有作全面具体的规定。为此，我们通过文书样式进一步解决《证据规定》在审判实践中的操作性问题，以促进《证据规定》的正确适用，保障人民法院适用法律的统一。

2. 遵循充分保护当事人诉讼权利的原则，通过文书样式，将《证据规定》保护当事人诉讼权利的精神真正落实到审判实践之中。《证据规定》十分关注对当事人诉讼权利的保护，关注民事诉讼程序的公正与正义。文书样式遵循这一指导思想，对于一些对当事人实体权利影响较大的事项以及与失权后果相关联的事项，要求人民法院应当以书面方式进行告知。同时，对于一些与人民法院职权行为相关联的文书，在内容上也作了较为严格细致的规定。

3. 为促进人民法院审判效率的提高，文书样式的起草遵循尽量简化的原则。对于主要涉及程序性事项的文书，人民法院可以以口头方式进行告知，并将有关告知的情况记人笔录。

问：请您介绍一下《证据规定》文书样式的主要内容。

答："《证据规定》文书样式（试行）"包括十二类，三十一个文书样式。这十二类分别是应诉通知书、举证通知书、与举证期限相关的其他诉讼文书、与证据交换有关的诉讼文书、与当事人申请人民法院调查收集证据有关的诉讼文书、与证据保全相关的诉讼文书、与申请重新鉴定相关的诉讼文书、对新的证据提出意见或举证通知书、与证人出庭作证相关的诉讼文书、与具有专门知识的人员出庭协助质证相关的诉讼文书、程序转换通知书、证据收据。

其中，与举证期限相关的其他诉讼文书有七个样式，分别是准许/不予准许当事人延长举证期限申请通知书、准许当事人变更举证期限申请通知书、不予准许当事人变更举证期限申请通知书、因公告送达变更举证期限通知书、因追加当事人或有独立请求权第三人参加诉讼变更举证期限通知书、因诉讼请求变更重新指定举证期限通知书和二审指定举证期限通知书。

与证据交换有关的诉讼文书有三个样式，分别是准许当事人证据交换申请通知书、不予准许当事人证据交换申请通知书和依职权组织证据交换通知书。

与当事人申请人民法院调查收集证据有关的诉讼文书有四个样式，分别为准许当事人调查收集证据申请通知书、不予准许当事人调查收集证据申请通知书、维持原决定的复议决定书和撤销原决定的复议决定书。

与证据保全相关的诉讼文书有三个样式，分别为证据保全裁定书、驳回证据保全申请通知书、证据保全担保通知书。

与申请重新鉴定有关的诉讼文书有两个样式，分别是准许重新鉴定申请通知书和不予准许重新鉴定申请通知书。

与证人出庭作证有关的诉讼文书有四个样式，分别是准许证人出庭作证申请通知书、不予准许证人出庭作证申请通知书和证人出庭作证通知书。

与具有专门知识的人员出庭协助质证有关的诉讼文书有三个样式，分别是准许具有专门知识的人员出庭申请通知书、不予准许具有专门知识的人员出庭

申请通知书和具有专门知识的人员出庭通知书。

问：与举证期限有关的文书在“文书样式（试行）”中占了很大的比重，请您介绍一下这部分文书样式的有关情况。

答：举证通知书和与举证期限相关的其他诉讼文书都涉及举证期限的适用问题，这是《证据规定》适用中非常重要的问题，也是审判实践中亟需解决的操作性问题。我们以较大的篇幅来规范与举证期限有关的文书样式，目的在于通过文书样式解决审判实践中举证期限的操作性问题。

这部分文书样式的起草，我们遵循如下思路：

1. 一审程序与二审程序适用不同的指定举证期限的文书。一审程序人民法院指定举证期限，适用举证通知书，并根据《证据规定》第33条第3款的规定，指定的举证期限不少于30日。由于一审程序中人民法院已通过举证通知书向当事人告知了与举证相关的事项，二审程序中人民法院不必再次进行告知，但仍需指定当事人提供新的证据的期限。二审程序中的举证期限仅针对当事人提供新的证据的情形，这一期限不受《证据规定》第33条第3款“不少于30日”的限制。

2. 采取指定届满日期的方式确定举证期限。《证据规定》施行后，实践中人民法院指定举证期限有两种做法，一是指定举证期限届满的日期，一是当事人向人民法院提供证据的期间。“文书样式（试行）”中采取前一种做法，主要考虑双方当事人举证期限届满的时间一致，有利于诉讼程序的操作，特别是对于诉讼过程中出现一些程序性事项的变化时，如涉及追加当事人等情形，人民法院在操作上较为便利。在公告送达以及追加当事人或有独立请求权第三人参加诉讼的情况下，以公告送达的受送达人或者被追加的当事人或第三人举证期限届满的时间为全体当事人举证期限届满的时间。

3. 在因诉讼请求的变更重新指定举证期限的，举证期限的确定应当考虑基础事实的变更。无论当事人基于自身的原因，还是基于人民法院阐明权的行使变更诉讼请求，如果当事人主张的基础事实变更，人民法院重新指定的举证期限应当受《证据规定》第33条第3款“不少于30日”的限制；如果当事人主张的基础事实未发生变化，人民法院可以根据案件情况指定相应的举证期限。

问：存在准许和不予准许两种情形的告知事项的，为什么在文书样式上大多没有合并，这样是否会导致适用上过于繁琐？

答：对于《证据规定》适用中存在准许和不予准许两种情形告知事项的，我们根据具体情况采取不同的处理方式。对于文书内容、表述方式等方面，准许和不予准许的文书差别不大的情形，我们采取了合并的方式，如准许/不予准许当事人变更举证期限申请通知书。对于文书内容、表述方式、是否以书面告

知等问题，准许与不予准许的情况差别较大的情形，如果进行合并，文书内容的表述和文书样式的说明仍然需要分别进行，不够清晰明确，可能造成理解上的困难。而且在具体诉讼中，这些文书样式也仍然要分开适用。因此，我们对于这种情形的文书样式，没有采取合并的方式。

我们认为，这种处理方式并不会导致在审判实践中，具体适用的文书样式的数量增加，不存在过于繁琐的问题。而且在具体的诉讼中，何种情形适用何种文书样式是非常清晰明确的，有利于各级人民法院正确理解和适用，有利于进一步规范民事审判活动，促进《证据规定》的正确贯彻施行。

最高人民法院
关于民事经济审判方式改革问题的若干规定

法释〔1998〕14号

（1998年6月19日最高人民法院审判委员会第995次会议通过 1998年7月6日最高人民法院公告公布 自1998年7月11日起施行）

为了正确适用《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称民事诉讼法），建立与社会主义市场经济体制相适应的民事经济审判机制，保证依法、正确、及时地审理案件，在总结各地实践经验的基础上，对民事、经济审判方式改革中的有关问题作出如下规定。

关于当事人举证和法院调查收集证据问题

一、人民法院可以制定各类案件举证须知，明确举证内容及其范围和要求。

二、人民法院在送达受理案件通知书和应诉通知书时，应当告知当事人围绕自己的主张提供证据。

三、下列证据由人民法院调查收集：

1. 当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集并已提出调取证据的申请和该证据线索的；

2. 应当由人民法院勘验或者委托鉴定的；

3. 当事人双方提出的影响查明案件主要事实的证据材料相互矛盾，经过庭审质证无法认定其效力的；

4. 人民法院认为需要自行调查收集的其他证据。

上述证据经人民法院调查，未能收集到的，仍由负有举证责任的当事人承担举证不能的后果。

四、审判人员收到当事人或者其诉讼代理人递交的证据材料应当出具收据。

关于做好庭前必要准备及时开庭审理问题

五、开庭前应当做好下列准备工作：

1. 在法定期限内，分别向当事人送达受理案件通知书、应诉通知书和起诉状、答辩状副本；

2. 通知必须共同进行诉讼的当事人参加诉讼；

3. 告知当事人有关的诉讼权利和义务、合议庭组成人员；

4. 审查有关的诉讼材料，了解双方当事人争议的焦点和应当适用的有关法律以及有关专业知识；

5. 调查收集应当由人民法院调查收集的证据；

6. 需要由人民法院勘验或者委托鉴定的，进行勘验或者委托有关部门鉴定；

7. 案情比较复杂、证据材料较多的案件，可以组织当事人交换证据；

8. 其他必要的准备工作。

六、合议庭成员和独任审判员开庭前不得单独接触一方当事人及其诉讼代理人。

七、按普通程序审理的案件，开庭审理应当在答辩期届满并做好必要的准备工作后进行。

当事人明确表示不提交答辩状，或者在答辩期届满前已经答辩，或者同意在答辩期间开庭的，也可以在答辩期限届满前开庭审理。

关于改进庭审方式问题

八、法庭调查按下列顺序进行：

1. 由原告口头陈述事实或者宣读起诉状，讲明具体诉讼请求和理由。

2. 由被告口头陈述事实或者宣读答辩状，对原告诉讼请求提出异议或者反诉的，讲明具体请求和理由。

3. 第三人陈述或者答辩，有独立请求权的第三人陈述诉讼请求和理由；无独立请求权的第三人针对原、被告的陈述提出承认或者否认的答辩意见。

4. 原告或者被告对第三人的陈述进行答辩。

5. 审判长或者独任审判员归纳本案争议焦点或者法庭调查重点，并征求当事人的意见。

6. 原告出示证据，被告进行质证；被告出示证据，原告进行质证。

7. 原、被告对第三人出示的证据进行质证；第三人对原告或者被告出示的证据进行质证。

8. 审判人员出示人民法院调查收集的证据,原告、被告和第三人进行质证。

经审判长许可，当事人可以向证人发问，当事人可以互相发问。

审判人员可以询问当事人。

九、案件有两个以上独立存在的事实或者诉讼请求的，可以要求当事人逐项陈述事实和理由，逐个出示证据并分别进行调查和质证。

对当事人无争议的事实，无需举证、质证。

十、当事人向法庭提出的证据，应当由当事人或者其诉讼代理人宣读。当事人及其诉讼代理人因客观原因不能宣读的证据，可以由审判人员代为宣读。

人民法院依职权调查收集的证据由审判人员宣读。

十一、案件的同一事实，除举证责任倒置外，由提出主张的一方当事人首先举证，然后由另一方当事人举证。另一方当事人不能提出足以推翻前一事实的证据的，对这一事实可以认定；提出足以推翻前一事实的证据的，再转由提出主张的当事人继续举证。

十二、经过庭审质证的证据，能够当即认定的，应当当即认定；当即不能认定的，可以休庭合议后再予以认定；合议之后认为需要继续举证或者进行鉴定、勘验等工作的，可以在下次开庭质证后认定。未经庭审质证的证据，不能作为定案的根据。

十三、一方当事人要求补充证据或者申请重新鉴定、勘验，人民法院认为有必要的可以准许。补充的证据或者重新进行鉴定、勘验的结论，必须再次开庭质证。

十四、法庭决定再次开庭的，审判长或者独任审判员对本次开庭情况应当进行小结，指出庭审已经确认的证据，并指明下次开庭调查的重点。

十五、第二次开庭审理时，只就未经调查的事项进行调查和审理，对已经调查、质证并已认定的证据不再重复审理。

十六、法庭调查结束前，审判长或者独任审判员应当就法庭调查认定的事实和当事人争议的问题进行归纳总结。

十七、审判人员应当引导当事人围绕争议焦点进行辩论。当事人及其诉讼代理人的发言与本案无关或者重复未被法庭认定的事实，审判人员应当予以制止。

十八、法庭辩论由各方当事人依次发言。一轮辩论结束后当事人要求继续辩论的，可以进行下一轮辩论。下一轮辩论不得重复第一轮辩论的内容。

十九、法庭辩论时，审判人员不得对案件性质、是非责任发表意见，不得与当事人辩论。

法庭辩论终结，审判长或者独任审判员征得各方当事人同意后，可以依法进行调解；调解不成的，应当及时判决。

二十、适用简易程序审理的案件，当事人同时到庭的，可以径行开庭进行调解。调解前告知当事人诉讼权利义务和主持调解的审判人员，在询问当事人是否申请审判人员回避后，当事人不申请回避的，可以直接进行调解。调解不成的或者达成协议后当事人反悔又未提出新的事实和证据，可以不再重新开庭，直接作出判决。

关于对证据的审核和认定问题

二十一、当事人对自己的主张，只有本人陈述而不能提出其他相关证据的，除对方当事人认可外，其主张不予支持。

二十二、一方当事人提出的证据，对方当事人认可或者不予反驳的，可以确认其证明力。

二十三、一方当事人提出的证据，对方当事人举不出相应证据反驳的，可以综合全案情况对该证据予以认定。

二十四、双方当事人对同一事实分别举出相反的证据，但都没有足够理由否定对方证据的，应当分别对当事人提出的证据进行审查，并结合其他证据综合认定。

二十五、当事人在庭审质证时对证据表示认可，庭审后又反悔，但提不出相应证据的，不能推翻已认定的证据。

二十六、对单一证据，应当注意从以下几个方面进行审查。

1. 证据取得的方式；

2. 证据形成的原因；

3. 证据的形式；

4. 证据提供者的情况及其与本案的关系；

5. 书证是否系原件，物证是否系原物；复印件或者复制品是否与原件、原物的内容、形式及其他特征相符合。

二十七、判断数个证据的效力应当注意以下几种情况：

1. 物证、历史档案、鉴定结论、勘验笔录或者经过公证、登记的书证，其证明力一般高于其他书证、视听资料和证人证言。

2. 证人提供的对与其有亲属关系或者其他密切关系的一方当事人有利的证言，其证明力低于其他证人证言。

3. 原始证据的证明力大于传来证据。

4. 对证人的智力状况、品德、知识、经验、法律意识和专业技能等进行综合分析。

二十八、下列证据，不能单独作为认定案件事实的依据：

1. 未成年人所作的与其年龄和智力状况不相当的证言；

2. 与一方当事人有亲属关系的证人出具的对该当事人有利的证言；

3. 没有其他证据印证并有疑点的视听资料；

4. 无法与原件、原物核对的复印件、复制品。

二十九、当事人提供的证人在人民法院通知的开庭日期，没有正当理由拒不出庭的，由提供该证人的当事人承担举证不能的责任。

三十、有证据证明持有证据的一方当事人无正当理由拒不提供，如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人，可以推定该主张成立。

关于加强合议庭和独任审判员职责问题

三十一、合议庭组成人员必须共同参加对案件的审理，对案件的事实、证据、性质、责任、适用法律以及处理结果等共同负责。

三十二、经过开庭审理当庭达成调解协议的，由审判长或者独任审判员签发调解书。

三十三、事实清楚、法律关系明确、是非责任分明、合议庭意见一致的裁判，可以由审判长或者独任审判员签发法律文书。但应当由院长签发的除外。

三十四、合议庭、独任审判员审理决定的案件或者经院长提交审判委员会决定的案件，发现认定事实或者适用法律有重大错误并造成严重后果的，按照有关规定由有关人员承担相应责任。

关于第二审程序中的有关问题

三十五、第二审案件的审理应当围绕当事人上诉请求的范围进行，当事人没有提出请求的，不予审查。但判决违反法律禁止性规定、侵害社会公共利益或者他人利益的除外。

三十六、被上诉人在答辩中要求变更或者补充第一审判决内容的，第二审人民法院可以不予审查。

三十七、第二审人民法院在审理上诉案件时，需要对原证据重新审查或者当事人提出新证据的，应当开庭审理。对事实清楚、适用法律正确和事实清楚，只是定性错误或者适用法律错误的案件，可以在询问当事人后迳行裁判。

三十八、第二审人民法院根据当事人提出的新证据对案件改判或者发回重审的，应当在判决书或者裁定书中写明对新证据的确认，不应当认为是第一审裁判错误。

三十九、在第二审中，一方当事人提出新证据致使案件被发回重审的，对方当事人有权要求其补偿误工费、差旅费等费用。

最高人民法院
关于印发《人民法院民事诉讼风险提示书》的通知

（2003年12月24日 法发〔2003〕25号）

各省、自治区、直辖市高级人民法院，解放军军事法院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院，各计划单列市中级法院：

为了贯彻“三个代表”重要思想，落实最高人民法院提出的司法为民措施，进一步方便人民群众诉讼，促进当事人依法行使诉讼权利、履行相应的诉讼义务，避免因行使权利或者履行义务不当而带来不利的裁判后果，充分保护当事人的合法权益，最高人民法院在总结各级人民法院诉讼风险提示经验、充分听取社会各界意见的基础上，制订了全国各级人民法院统一适用的《人民法院民事诉讼风险提示书》（以下简称《风险提示书》）文本。2003年12月23日，最高人民法院审判委员会第1302次会议讨论通过了该《风险提示书》文本，现予公布。为充分发挥《风险提示书》便民、护民的作用，现将有关事项通知如下：

一要注意做好宣传工作。《风险提示书》中载入的民事诉讼风险，是现行民事法律和司法解释中规定的当事人行使诉讼权利或者履行诉讼义务不当产生的法律后果，而不是《风险提示书》创设的新的民事诉讼风险。向当事人提示诉讼风险的目的，是使当事人能够慎重行使诉讼权利、积极履行诉讼义务，避免因行使权利或者履行义务不当而产生不利的裁判后果。各级人民法院要做好宣传工作。

二要注意做好解释工作。虽然《风险提示书》中尽量使用通俗易懂的语言，但还是有一些当事人难以理解的法律术语。为了使当事人难以理解的法律术语。为了使当事人正确理解《风险提示书》条文的准确含义，各级人民法院要耐心地做好解释工作，以把司法为民的措施落到实处。

三要抓好《风险提示书》统一文本的印制工作。自2004年1月1日起，各

级人民法院的《风险提示书》要使用最高人民法院审判委员会讨论通过的《风险提示书》统一文本。文本的印制工作由各高级人民法院根据本地实际情况统筹安排，可以由高级人民法院统一印制，也可以由各级人民法院自行印制。

现将《风险提示书》印发给你们，请结合工作实际，认真组织实施、贯彻执行。执行中有何问题，请及时报告我院。

人民法院民事诉讼风险提示书

为方便人民群众诉讼，帮助当事人避免常见的诉讼风险，减少不必要的损失，根据《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国民事诉讼法》以及最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》等法律和司法解释的规定，现将常见的民事诉讼风险提示如下：

一、起诉不符合条件

当事人起诉不符合法律规定条件的，人民法院不会受理，即使受理也会驳回起诉。

当事人起诉不符合管辖规定的，案件将会被移送到有权管辖的人民法院审理。

二、诉讼请求不适当

当事人提出的诉讼请求应明确、具体、完整，对未提出的诉讼请求人民法院不会审理。

当事人提出的诉讼请求要适当，不要随意扩大诉讼请求范围；无根据的诉讼请求，除得不到人民法院支持外，当事人还要负担相应的诉讼费用。

三、逾期改变诉讼请求

当事人增加、变更诉讼请求或者提出反诉，超过人民法院许可或者指定期限的，可能不被审理。

四、超过诉讼时效

当事人请求人民法院保护民事权利的期间一般为二年（特殊的为一年）。原告向人民法院起诉后，被告提出原告的起诉已超过法律保护期间的，如果原告没有对超过法律保护期间的事实提供证据证明，其诉讼请求不会得到人民法院的支持。

五、授权不明

当事人委托诉讼代理人代为承认、放弃、变更诉讼请求，进行和解，提起反诉或者上诉等事项的，应在授权委托书中特别注明。没有在授权委托书中明

确、具体记明特别授权事项的，诉讼代理人就上述特别授权事项发表的意见不具有法律效力。

六、不按时交纳诉讼费用

当事人起诉或者上诉，不按时预交诉讼费用，或者提出缓交、减交、免交诉讼费用申请未获批准仍不交纳诉讼费用的，人民法院将会裁定按自动撤回起诉、上诉处理。

当事人提出反诉，不按规定预交相应的案件受理费的，人民法院将不会审理。

七、申请财产保全不符合规定

当事人申请财产保全，应当按规定交纳保全费用而没有交纳的，人民法院不会对申请保全的财产采取保全措施。

当事人提出财产保全申请，未按人民法院要求提供相应财产担保的，人民法院将依法驳回其申请。

申请人申请财产保全有错误的，将要赔偿被申请人因财产保全所受到的损失。

八、不提供或者不充分提供证据

除法律和司法解释规定不需要提供证据证明外，当事人提出诉讼请求或者反驳对方的诉讼请求，应提供证据证明。不能提供相应的证据或者提供的证据证明不了有关事实的，可能面临不利的裁判后果。

九、超过举证时限提供证据

当事人向人民法院提交的证据，应当在当事人协商一致并经人民法院认可或者人民法院指定的期限内完成。超过上述期限提交的，人民法院可能视其放弃了举证的权利，但属于法律和司法解释规定的新的证据除外。

十、不提供原始证据

当事人向人民法院提供证据，应当提供原件或者原物，特殊情况下也可以提供经人民法院核对无异的复制件或者复制品。提供的证据不符合上述条件的，可能影响证据的证明力，甚至可能不被采信。

十一、证人不出庭作证

除属于法律和司法解释规定的证人确有困难不能出庭的特殊情况外，当事人提供证人证言的，证人应当出庭作证并接受质询。如果证人不出庭作证，可能影响该证人证言的证据效力，甚至不被采信。

十二、不按规定申请审计、评估、鉴定

当事人申请审计、评估、鉴定，未在人民法院指定期限内提出申请或者不

预交审计、评估、鉴定费用，或者不提供相关材料，致使争议的事实无法通过审计、评估、鉴定结论予以认定的，可能对申请人产生不利的裁判后果。

十三、不按时出庭或者中途退出法庭

原告经传票传唤，无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可中途退出法庭的，人民法院将按自动撤回起诉处理；被告反诉的，人民法院将对反诉的内容缺席审判。

被告经传票传唤，无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可中途退出法庭的，人民法院将缺席判决。

十四、不准确提供送达地址

适用简易程序审理的案件，人民法院按照当事人自己提供的送达地址送达诉讼文书时，因当事人提供的己方送达地址不准确，或者送达地址变更未及时告知人民法院，致使人民法院无法送达，造成诉讼文书被退回的，诉讼文书也视为送达。

十五、超过期限申请强制执行

向人民法院申请强制执行的期限，双方或者一方当事人是公民的为一年，双方是法人或者其他组织的为六个月。期限自生效法律文书确定的履行义务期限届满之日起算。超过上述期限申请的，人民法院不予受理。

十六、无财产或者无足够财产可供执行

被执行人没有财产或者没有足够财产履行生效法律文书确定义务的，人民法院可能对未履行的部分裁定中止执行，申请执行人的财产权益将可能暂时无法实现或者不能完全实现。

十七、不履行生效法律文书确定义务

被执行人未按生效法律文书指定期间履行给付金钱义务的，将要支付迟延履行期间的双倍债务利息。

被执行人未按生效法律文书指定期间履行其他义务的，将要支付迟延履行金。

参考书目

1. 江伟主编:《民事诉讼法》，中国人民大学出版社 2000 年版。

2. 何家弘主编:《证据法学研究》，中国人民大学出版社 2007 年版。

3. 何家弘主编:《新编证据法学》，法律出版社 2000 年版。

4. 王利明主编:《民商法司法解释精要（2000—2003）》，人民法院出版社 2004 年版。

5. 金长荣主编:《民事诉讼证据规则应用能力培训读本》，法律出版社 2004 年版。

6. 李国光主编:《最高人民法院〈关于民事诉讼证据的若干规定〉的理解与适用》，中国法制出版社 2002 年版。

7. 朱建新主编:《民事取证方略—来自审判实践中的方法总结》，凤凰出版传媒集团江苏人民出版社 2006 年版。

8. 杜万华、宋晓明主编:《基层人民法院法官培训教材实务卷·民商事审判卷》，人民法院出版社 2005 年版。

9. 叶自强著:《民事证据研究》，法律出版社 2002 年版。

10. 卞建林、刘玫主编:《证据法学案例教程》，知识产权出版社 2003 年版。

11. 齐树洁、王振志主编:《证据法案例精解》，厦门大学出版社 2004 年版。

12. 周继军、鲍雷、刘玉民著:《民事证据规则操作实务与典型案例评析》，人民法院出版社 2008 年版。

13. 最高人民法院民事审判第一庭编:《最高人民法院〈关于民事诉讼证据的若干规定〉文书样式与适用说明》，中国法制出版社

2003 年版。

14. 张华贵主编：《典型婚姻家庭案件诉讼证据运用》，中国检察出版社 2004 年版。

15. 丁巧仁主编：《民事诉讼证据制度若干问题研究》，人民法院出版社 2004 年版。

16. 柴建国主编：《民事案件举证要点与调解技巧》，人民法院出版社 2003 年版。

17. 廖中洪主编：《侵权损害赔偿典型案件诉讼证据运用》，广东人民出版社 2002 年版。

18. 胡充寒等编著：《劳动争议案件诉讼策略与实例点评》，湖南人民出版社 2004 年版。

19. 宋才发、刘玉民主编：《大众维权 600 问—民事卷》，中国发展出版社 2006 年版。

20. 宋才发、刘玉民主编：《调解要点与技巧总论》，人民法院出版社 2007 年版。